

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SUELEN LUCZYNSKI FLORENTINO

ADOÇÃO CONJUNTA POR HOMOSSEXUAIS À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E  
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

CURITIBA

2012

SUELEN LUCZYNSKI FLORENTINO

ADOÇÃO CONJUNTA POR HOMOSSEXUAIS À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E  
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao  
Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Carla Harmatiuk  
Matos.

CURITIBA

2012

## TERMO DE APROVAÇÃO

Suelen Luczynski Florentino

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

---

Prof. Ana Carla Harmatiuk Matos  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil  
Universidade Federal do Paraná

Membros:

---

Prof. Rosalice Fidalgo Pinheiro  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Marcelo Miguel Conrado  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil  
Universidade Federal do Paraná

**Curitiba, 12 de dezembro de 2012.**

## RESUMO

Com o presente trabalho objetiva-se demonstrar como a adoção conjunta por parceiros homossexuais pode ser defendida à luz dos princípios e direitos constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a pluralidade das entidades familiares e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, pautando-se sempre no melhor interesse da criança ou adolescente. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como família, merecedora de proteção e tutela do Estado, entende-se que existem elementos suficientes para a defesa da adoção por homossexuais, a qual, em se tratando de postulante solteiro, mais facilmente tem sido deferida. Entretanto, o cerne desse estudo é a adoção conjunta pelo par, que deve ter a possibilidade de concorrer em igualdade de condições com casais heterossexuais à habilitação e à adoção de crianças e adolescentes. Uma vez que a união homoafetiva foi equiparada às uniões estáveis heterossexuais em efeitos e consequências, considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de companheiros de união estável adotarem, não se verifica a existência de óbices *a priori* ao deferimento da adoção pelo par homossexual, desde que atendidos os requisitos jurídicos e após a realização de estudos interdisciplinares que atestem que a concessão da medida atenderá aos melhores interesses dos infantes. Em suma, o escopo dessa sintética pesquisa é a adoção por homossexuais conjuntamente, por constituírem e viverem como entidade familiar, em atendimento não só aos direitos desse grupo de pessoas, de não serem discriminados por sua orientação sexual e de poderem manifestar sua personalidade como desejarem, mas também para conferir mais possibilidades a crianças e adolescentes institucionalizados de serem acolhidos por uma família, independentemente da configuração desta, em virtude da valorização do afeto nas relações familiares.

Palavras-chave: adoção conjunta; homoafetividade; melhor interesse da criança.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>05</b>
<b>2 DA FAMÍLIA.....</b>	<b>07</b>
2.1 A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	07
2.2 MODALIDADES DE FAMÍLIA EXPRESSAMENTE PREVISTAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	12
2.3 ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS, MAS ABARCADAS PELA CONSTITUIÇÃO.....	16
<b>3 DA ADOÇÃO.....</b>	<b>22</b>
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS ATÉ O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	22
3.2 CARACTERÍSTICAS DA ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO ATUAL.....	27
<b>4 ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS.....</b>	<b>43</b>
4.1 DO PRECONCEITO EXPLÍCITO E VELADO À LUTA POR UM MODO DE SER.....	43
4.2 DA SOCIEDADE DE FATO AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	49
4.3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO CONJUNTA POR HOMOSSEXUAIS.....	56
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho objetiva-se chamar a atenção para a possibilidade de homossexuais realizarem o sonho da parentalidade através da adoção, o que ainda se constitui, infelizmente, uma incerteza, tanto do ponto de vista social quanto jurídico.

Embora muitos direitos já sejam reconhecidos a essa parcela da população brasileira, um caminho longo e, frequentemente, permeado de obstáculos, se mantém. Paralelamente ao reconhecimento de que a liberdade de orientação sexual e de realizar a sexualidade sejam direitos da personalidade do indivíduo, a adoção de crianças e adolescentes exige o cumprimento de alguns critérios, cujo norteador máximo é o melhor interesse da pessoa em formação que está para ser adotada.

O intuito dessa sintética pesquisa acadêmica é de defender plenamente a adoção por homossexuais considerando a doutrina da proteção integral e respeitando a normatização prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e na denominada Nova Lei Nacional da Adoção, devendo-se ter em mente que as pessoas que se interessam por outras de mesmo sexo devem concorrer em igualdade de condições com os postulantes heterossexuais à adoção.

Mais facilmente deferida é a adoção por indivíduos homossexuais solteiros, haja vista que a legislação pátria não prevê expressamente impedimentos para a concessão da medida em razão da orientação sexual do adotante. No entanto, conforme mostrar-se-á ao longo do trabalho, as situações fáticas demonstram que, por vezes, o melhor interesse da criança será realizado justamente com o deferimento da adoção ao par homossexual, já que é muito comum nos lares brasileiros um infante, filho biológico ou adotivo de um dos companheiros, estabelecer laços parentais com o outro que também o cria, sendo papel do Direito tutelar esses laços, até para que a criança possa ter direito a alimentos, sucessórios, de guarda e visitação em caso de separação do casal ou morte de um dos companheiros, bem como inclusão em planos de saúde.

Seria hipocrisia imaginar que, apenas porque o ordenamento jurídico não reconhece expressamente certas uniões ou formações familiares, elas não existem na prática. Por conseguinte, deixar à margem da tutela legal e jurídica uma parcela

da sociedade, tão somente em decorrência de pensamentos preconceituosos e de crítica ao que é diferente da orientação dominante, constitui-se em afronta aos princípios constitucionais da vedação da discriminação, da igualdade formal e material, da liberdade, da pluralidade das entidades familiares e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, cerne normativo de todo o ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, considerando a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade n. 4.277, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, o escopo da pesquisa se refere à possibilidade jurídica de os homossexuais adotarem, não apenas como pais e mães solteiros ou por adotarem posteriormente o filho do companheiro com quem coabitam, mas sim de poderem postular em conjunto a adoção de crianças, respeitando as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem serem diferenciados dos demais postulantes heterossexuais que também desejam realizar o sonho da paternidade.

Uma vez que a decisão da Corte Suprema brasileira determinou que os pares homossexuais tenham os mesmos direitos e consequências das uniões estáveis heterossexuais, não há óbice legal à possibilidade de adotarem conjuntamente, eis que a própria Lei n. 8.069/90 estabelece a adoção por casais conviventes em união estável.

Por conseguinte, em atendimento do melhor interesse da criança e dos direitos dos homossexuais de liberdade, igualdade e de respeito à sua orientação sexual, no decorrer do presente estudo serão analisados os motivos pelos quais se defende a plena possibilidade de adoção conjunta pelo par homoafetivo, à luz de construções doutrinárias e jurisprudenciais que consideram, em suma, os princípios constitucionais.

## **2 DA FAMÍLIA**

### **2.1 A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA**

Observa-se, ao longo dos anos, significativas mudanças no conceito de família no Direito Brasileiro. Da família codificada à família constitucionalizada<sup>1</sup>, o fundamento e a finalidade da entidade familiar se alteraram substancialmente.

A fim de se obter melhor compreensão acerca das razões existentes para se defender a adoção conjunta por homossexuais, pensa-se necessário analisar as mudanças no aspecto e nas características da família atual, haja vista que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar resultou de uma evolução não apenas de categorias jurídicas, mas também de concepções sociais e pessoais, que foram se alterando pouco a pouco com o passar dos tempos.

Uma vez que o objetivo principal do presente trabalho não é esgotar a análise do desenvolvimento da família brasileira, procura-se brevemente apontar algumas modificações no núcleo familiar e nos papéis desempenhados pelas pessoas que o compõem.

De uma família transpessoal, vista como a célula menor do Estado, cujas finalidades eram relacionadas à procriação e à satisfação de fins econômico-sociais, que seguia o modelo heteropatriarcalista<sup>2</sup>, pode-se afirmar que atualmente se está diante de uma família eudemonista, cuja finalidade é a satisfação e felicidade dos membros que compõem o núcleo familiar. A família como instituição deixa de ser tutelada por si só<sup>3</sup>, uma vez que a proteção constitucional é voltada ao ser humano e à sua personalidade.

O modelo familiar consagrado pelo Código Civil de 1916 era aquele fundado no matrimônio<sup>4</sup>, sendo que as uniões que não haviam se constituído pelo casamento, como ato solene que é, eram excluídas do conceito de família. Nesse sentido, o Direito conferia um tratamento desigual a casos similares, em razão da orientação positivista que reinava no país.

---

<sup>1</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

<sup>2</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 74.

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

<sup>4</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32.



A família tutelada pelo ordenamento era patriarcal, matrimonializada e exigia a diferenciação de sexo. Assim, todas as demais formas de uniões afetivas eram deixadas de fora da proteção jurídica, eis que apenas o casamento constituía a chamada família legítima<sup>5</sup>.

Com relação a outras uniões fáticas, era usual o emprego de expressões pejorativas para designá-las. Doutrina e jurisprudência classificavam o concubinato em duas espécies. O concubinato *puro* era formado por concubinos que poderiam se casar, caso desejassem, uma vez que não havia nenhum impedimento matrimonial entre eles. Já no concubinato *impuro*, havia algum impedimento para o casamento. Dividia-se em *adulterino* e *incestuoso*. Aquele ocorria quando algum dos concubinos possuía vínculo conjugal com outra pessoa, classificando-se em bilateral, quando ambos tinham o impedimento, “a mãe”, quando somente a mulher estava impedida, e “a pai”, caso o impedimento fosse do homem.<sup>6</sup>

Além da impossibilidade de reconhecimento jurídico de outras uniões não formadas pelo casamento, o sistema hierarquizava as filiações. Apenas os filhos havidos na constância do casamento eram considerados legítimos. Os filhos oriundos de um concubinato *puro* eram categorizados como *naturais* e poderiam ser legitimados por ulterior casamento dos pais. Por outro lado, os filhos decorrentes do concubinato *impuro* eram chamados de *espúrios*, dividindo-se em *adulterinos* e *incestuosos*, que jamais poderiam legitimar-se.<sup>7</sup>

Entretanto, como é sabido que o Direito deve tutelar o que a realidade apresenta, tais discriminações, tanto com relação aos filhos não provenientes de uma relação matrimonial, quanto a desigualdade entre homem e mulher, não podem mais ser sustentadas, diante das garantias constitucionais e dos princípios norteadores do Direito de Família contemporâneo. Ainda, deve-se ressaltar as mudanças advindas com a chamada “Virada de Copérnico”, uma vez que, nos dizeres de Luiz Edson Fachin, agora é a Constituição da República que ocupa o centro do ordenamento jurídico, não mais o Código Civil, que deixa de ser o principal norteador das relações privadas. É a “constitucionalização” do Direito Privado, que, concernente ao âmbito das relações familiares, pluralizou o conceito de família, de

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408.

<sup>6</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 36-37.

<sup>7</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 36-37.

acordo com Rosana Fachin.<sup>8</sup>

Apesar da promulgação da Constituição de 1988, que determinou o tratamento igualitário entre os filhos e o fim da hierarquia entre homens e mulheres, ainda havia quem pensasse que a Constituição englobava apenas um conjunto de normas programáticas, as quais não se aplicariam diretamente às relações privadas. Assim, esse pensamento não concebia a igualdade determinada pela Carta Magna, pois somente com a inserção de tais normas em uma lei específica é que seriam tais regras aplicáveis ao Direito Privado.

Entretanto, a doutrina mais atualizada para uma interpretação sistemática e pautada no princípio da dignidade humana, fundamento da República brasileira, atentava-se para a aplicação direta do conteúdo constitucional tanto nas relações de Direito Público como naquelas de Direito Privado. A igualdade entre as entidades familiares e as demais normas relacionadas ao Direito de Família constantes do texto constitucional eram perfeitamente aplicáveis, não havendo a necessidade de se esperar a elaboração de um novo Código Civil para que se reconhecesse, por exemplo, a igualdade entre os filhos, o dever de não discriminação, bem como a existência de outras uniões, além das formadas pelo matrimônio, passíveis de reconhecimento pelo ordenamento.

Importante destacar nesse momento que a tradicional oposição entre Direito Público e Privado não mais se justifica, vez que tanto um quanto o outro devem ser lidos conforme os valores e normas constitucionais. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes,

Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de 'despatrimonialização' do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.<sup>9</sup>

Assim, os princípios e regras constitucionais são passíveis de aplicação direta nas relações jurídicas privadas. Por conseguinte, ainda que nem toda união tenha regulamentação por lei específica, as entidades familiares estão consagradas no artigo 226 da Constituição, bem como no artigo 1º, inciso III, que prevê a dignidade

<sup>8</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 131.

<sup>9</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Publicado na Revista de Direito Civil n. 65, p. 21-32.

da pessoa humana, além de todos os outros dispositivos que vedam o tratamento diferenciado e que pregam a não discriminação, seja de que natureza for. Embora não exista no ordenamento brasileiro uma legislação que expressamente tutele a adoção por homossexuais, o conjunto principiológico consagrado na Constituição de 1988 confere elementos para se defender a possibilidade jurídica de casais homoafetivos adotarem crianças e adolescentes. Como assevera Paulo Lôbo,

Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pelas contemplações de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de espaço de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram.<sup>10</sup>

Nesse sentido, cumpre aduzir que as relações construídas com base na autoridade e na hierarquia, em que os integrantes do núcleo familiar eram submetidos às vontades do chefe da família, que deveria ser respeitado e obedecido como marido e como pai, perderam lugar para as relações baseadas na afetividade, na solidariedade e no respeito recíproco entre todos os integrantes da família.<sup>11</sup>

Portanto, observa-se que a Constituição de 1988 consagrou “uma nova tábua de valores no ordenamento brasileiro”,<sup>12</sup> deixando de ter a família a função precípua de perpetuar a espécie e de satisfazer fins econômicos. Com a repersonalização das relações familiares, é o ser humano que passa a ocupar o centro das relações civilísticas e a merecer a proteção do Estado.<sup>13</sup>

O artigo 226 da Carta Magna afirma que a família tem especial proteção do Estado e dispõe acerca da entidade familiar fundada no casamento, da união estável e da família monoparental. Embora existam interpretações divergentes, coaduna-se com o entendimento de que tais espécies não são as únicas formas possíveis de se constituir uma família, eis que não constitui um rol *numerus clausus* de espécies de núcleos familiares. Paulo Lôbo sustenta que, ao se suprimir a locução “constituída pelo casamento”, presente no artigo 175 da Constituição de 1967/1969, sem se substituí-la por qualquer outra, é posta sob a tutela constitucional a “família”, isto é, qualquer família constituída socialmente. Assim, a cláusula de exclusão desapareceu. Ainda, aduz o autor que não se pode proceder à interpretação de uma

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 425.

<sup>12</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420.

<sup>13</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

norma ampla para restringir direitos, bem como que, se forem possíveis dois sentidos de entendimento, um que inclui e outro que exclui, deve-se escolher o que melhor realize o princípio da dignidade humana, não se atendo o intérprete somente aos tipos de entidades familiares expressos na Constituição.<sup>14</sup>

Sustenta o referido civilista que para uma união se configurar em entidade familiar devem estar presentes três requisitos, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade e com o objetivo de constituição de família; b) estabilidade; c) convivência pública e ostensiva.<sup>15</sup>

Importante a contribuição de Gustavo Tepedino ao diferenciar o casamento como ato jurídico solene e como relação familiar. As normas que pretendem regular os efeitos decorrentes do casamento no primeiro sentido não devem ser aplicadas às uniões estáveis, pois dependem essencialmente do ato solene, como por exemplo a necessidade de autorização do cônjuge para a constituição de fiança. Por se tratarem de regras que se justificam no casamento como ato jurídico não podem ser interpretadas de forma extensiva. Contudo, as normas relacionadas ao casamento como família devem ser aplicadas a todas as entidades familiares, independentemente de sua origem,<sup>16</sup> sob pena de violação dos princípios da igualdade, da não-discriminação e da liberdade do indivíduo de escolher se e como deseja constituir uma família.<sup>17</sup>

Diante do exposto, compreende-se que o conceito de família é relativo,<sup>18</sup> renovando-se de acordo com as mudanças sociais, o que leva à percepção de que, para se evitar os preconceitos em virtude das eternas modificações no modo de vida das pessoas, sobretudo no âmbito familiar, local primeiro de liberdade do indivíduo, necessário é ter o princípio da dignidade humana como norteador da leitura dos casos que se apresentam para o intérprete do Direito. Uma vez que se é guiado por tal princípio, com o entendimento de que as normas constitucionais devem ser diretamente aplicadas às relações privadas, será menos possível o cometimento de injustiças. As leis não são feitas para perdurarem eternamente, mas apenas enquanto os valores da sociedade assim determinarem. Em outras palavras, é o Direito em movimento, à luz da dignidade humana, e a existência de normas abertas

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82-83.

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 428-432.

<sup>17</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

para contemplarem as mais diversas situações que promoverão a igualdade material entre as pessoas, possibilitando a adoção de crianças e adolescentes por pares homossexuais.

## 2.2 MODALIDADES DE FAMÍLIA EXPRESSAMENTE PREVISTAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 afirma que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Além de expressamente prever o casamento como entidade familiar (parágrafos 1º e 2º do artigo 226), o texto constitucional dispõe no parágrafo 3º sobre a união estável heterossexual, nas seguintes palavras “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Ainda, estabelece a Constituição uma terceira modalidade de família, a saber, a monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes, nos seguintes termos “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Observa-se, então, que o texto da Carta Magna dispõe expressamente sobre três espécies de entidades familiares, não contemplando, nesse rol – o qual, segundo se defende, não é taxativo – a família formada por integrantes homossexuais.

A família constituída a partir do matrimônio dispensa maiores considerações, tendo em vista ter sido, desde tempos muito remotos, a forma de constituição da família legítima. Seja para perpetuar o sangue, para cultuar os antepassados com fins religiosos<sup>19</sup>, ou para manter em família o patrimônio obtido, a entidade formada pelo casamento era o lugar das relações sexuais legítimas e somente dela poderiam nascer filhos legítimos.

A definição de casamento foi formulada por Modestino, no Século III, e reafirmada nas compilações de Justiniano, estabelecendo o patriarcalismo e caracterizando tal união como aquela formada pelo homem e pela mulher.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

<sup>20</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba:

Por muito tempo, o Direito brasileiro reconheceu apenas o casamento e até 1977 não admitia o divórcio. A proibição de dissolução da união conjugal fazia com que muitas relações ficassem à margem do ordenamento, haja vista que inúmeras pessoas, diante do fracasso do primeiro casamento ou em virtude da falta de recursos financeiros ou mesmo por opção, recomeçavam relacionamentos e acabavam por viver sem a tutela jurídica. Apareciam, como consequência da falta de reconhecimento por parte do Direito, graves problemas de ordem sucessória, com relação a alimentos e à partilha do patrimônio obtido na constância da união, o que provocava muita injustiça social.

Além do casamento como entidade familiar, reconheceu a Constituição a união estável entre homem e mulher. Pode-se dizer que, com o advento da Lei n. 8.971/94 e, posteriormente, da Lei n. 9.278/96, houve um grande avanço com relação à disciplina da união estável no Direito brasileiro, apesar das inconsistências técnicas dessas leis.

Consiste a união estável heterossexual na convivência do homem e da mulher na posse do estado de casados – *nomen, tractatus e fama*. Antes como união de fato, após o advento da Carta Magna de 1988, a união estável é vista como união de direito. Nas palavras de Paulo Lôbo,

A união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento.<sup>21</sup>

Visto que o Direito não conferia a tutela adequada às relações não originadas do matrimônio, diante dos casos que chegavam ao conhecimento do jurista e exigiam soluções dos diversos tribunais brasileiros, foi necessário flexibilizar o entendimento e adotar algumas alternativas. Elaborou-se a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, a qual se socorreu do direito das obrigações e da ideia da sociedade de fato para se poder conferir um mínimo de direitos aos então chamados concubinos. Para o patrimônio poder ser partilhado com a concubina, era necessário, na maioria dos casos, a comprovação do esforço comum para a obtenção dos bens na constância do relacionamento. No entanto, quando não era possível a comprovação nem do esforço direto nem do indireto, era frequente que,

---

Juruá, 1991, p. 58.

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168-169.

para se dar um apoio financeiro à mulher, o tribunal concedesse uma “indenização por serviços prestados”.

Observa-se da seguinte jurisprudência o preconceito que havia em relação às uniões não originadas do matrimônio:

INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS – Concubinato – União estável – Art. 226, 3º, da CF de 1988 – Voto vencido – Concubinato. Indenização por serviços domésticos, conquanto traduza os primeiros passos da jurisprudência, visando a amparar a companheira, hoje não subsiste: degrada a mulher que, em união estável, respeitável e duradoura, se equipara à esposa legítima. Nesse plano de mútua assistência, a obrigação de qualquer dos companheiros, nitidamente natural, é insuscetível de ser coativamente exigida.<sup>22</sup>

Com a promulgação das duas leis supra referidas acerca da união estável, estabeleceu-se o direito a alimentos, à sucessão dos bens adquiridos, os direitos e deveres recíprocos entre os companheiros, o direito real de habitação, a conversão da união estável em casamento e a competência das Varas de Família para decidir questões concernentes à união estável.<sup>23</sup>

O Código Civil de 2002 passou a sistematizar a matéria, a partir do artigo 1.723. No entanto, percebe-se que o legislador teve uma preferência pelo casamento, deixando o tratamento da união estável para poucos artigos.

Os deveres das pessoas casadas consistem, conforme disposto no artigo 1.566, em fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, bem como respeito e consideração mútuos. Por outro lado, os deveres dos companheiros de união estável, nos termos do artigo 1.724, são de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Nota-se, portanto, que não se exige a coabitação e, ao invés de fidelidade, o legislador escolheu o termo lealdade.

A família monoparental, por sua vez, é aquela entidade familiar integrada por um dos pais e seus filhos, não importando qual a causa que a originou, já que os efeitos jurídicos são os mesmos com relação ao estado de filiação e ao poder familiar. Destaca-se que não possui um conjunto de regras jurídicas próprias, como

<sup>22</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Indenização por serviços domésticos*. Apelação cível. 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Doreste Baptista. 6 de março de 1990. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 187.

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170.

existem para a união estável e para o casamento.

Importante foi o reconhecimento expresso pelo texto constitucional das famílias monoparentais, eis que no Brasil, de acordo com dados do IBGE, os núcleos familiares chefiados pela mãe correspondem a 15,1%, sendo que as famílias monoparentais masculinas atingem 2,3% das entidades brasileiras.<sup>24</sup>

Observa-se que, em caso de separação do casal, é muito mais frequente que os filhos fiquem sob a guarda da mãe, inclusive por determinação judicial, da mesma forma que o número de mães solteiras que criam seus filhos sem o auxílio paterno é enormemente mais alto se comparado ao número de pais solteiros.<sup>25</sup>

Embora se conheçam as dificuldades pelas quais pode passar um infante que cresce sem a atenção de ambos os pais, assevera Maria de Fátima Freire de Sá que o melhor interesse da criança não é respeitado pelo simples fato de ela ter nascido em uma família biparental, mas sim por ela receber amor e atenção do pai ou da mãe que possui.<sup>26</sup>

Nesse sentido, o fato de uma pessoa ter um pai e uma mãe, dois pais ou duas mães, não é o determinante para a sua felicidade, visto que o fundamental é o afeto recebido daquele que exerce os papéis parentais, independentemente da orientação sexual.

## 2.3 ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS, MAS ABARCADAS PELA CONSTITUIÇÃO

Dentre as entidades familiares não expressamente dispostas na Constituição da República, mas, sem sombra de dúvida, existentes no Direito brasileiro, já que o artigo 226 não estabelece um rol exaustivo das espécies de família que merecem tutela, importante lugar ocupam as chamadas famílias recompostas, também

<sup>24</sup> *Indicadores Sociais Municipais 2010: incidência de pobreza é maior nos municípios de porte médio*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2019&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2019&id_pagina=1)>, acessado em 07 de julho de 2012.

<sup>25</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>26</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 447.



chamadas de pluriparentais ou mosaicos.<sup>27</sup>

É um fenômeno mundial a recomposição ou reorganização das pessoas em novos núcleos familiares, em razão de viuvez, separação, divórcio, dentre outras causas. Assim, tal espécie de família se constitui entre um dos cônjuges ou companheiros e os filhos do outro, advindos de relacionamento anterior. Esta ordem familiar pode provocar eventuais dilemas acerca da alteração do nome de família, do poder familiar, da guarda dos menores, do direito de visita e até do dever alimentar.<sup>28</sup>

Por vezes, ocorre a superposição de papéis parentais, nas palavras de Paulo Lôbo, tendo em vista que existe o papel do pai biológico, ou por adoção, e a figura do padrasto sobre a mesma criança, podendo, por conseguinte, ocorrer alguns conflitos, cujas soluções o direito brasileiro desconhece, como se tais entidades familiares fossem invisíveis.<sup>29</sup>

Aduz, ainda, o referido autor, que o direito de família foi constituído em torno do paradigma do primeiro casamento, sendo difícil, portanto, encontrar-se uma tutela para as famílias recompostas. Entende, contudo, ser possível extrair dos princípios constitucionais uma proteção jurídica própria para essas entidades. Nesse sentido, assevera que

Sem reduzir o poder familiar do pai originário (biológico ou por adoção), ao padrasto devem ser reconhecidas decisões e situações no interesse do filho/enteado, tais como em matéria educacional, legitimidade processual para defesa do menor, direito de visita em caso de divórcio, preferência para adoção (...), nomeação do enteado como beneficiário de seguros e planos de saúde etc.<sup>30</sup>

Imperioso destacar a Lei n. 11.924/2009, que acrescentou o parágrafo 8º ao artigo 57 da Lei de Registros Públicos, passando a permitir que o enteado ou a enteada, desde que por motivo razoável, requeira ao juiz de registros públicos a averbação, em seu registro de nascimento, do sobrenome do padrasto ou madrastra, com concordância expressa deste, sem prejuízo dos seus apelidos de família.

Assim, entende-se que as famílias mosaicos são formas de recomposição de núcleos e de relacionamentos anteriormente desfeitos. Não são os laços

<sup>27</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 507.

<sup>28</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 508.

<sup>29</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-96.

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

consanguíneos a unir os membros da família, mas sim os sentimentos de amor e de afeto, sendo necessária uma grande capacidade de adaptação dos partícipes dessa entidade familiar, mesmo porque simples decisões, como a época de férias, e já complexas discussões, como quanto ao direito de visitas, aos alimentos e ao poder familiar, complexificam-se ainda mais nessas famílias recompostas.<sup>31</sup>

Defende-se que a Constituição da República tutela a entidade pluriparental, haja vista que, ao declarar a família como base da sociedade, o faz considerando a família enquanto gênero, o que alcança a pluralidade de suas espécies. Além disso, os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade já lhes conferem proteção constitucional.<sup>32</sup>

Dentre as entidades familiares não explicitamente constantes do texto da Carta Magna, pode-se citar a família simultânea ou paralela, a qual, de acordo com Carlos Eduardo Pianovski, refere-se à situação em que um indivíduo compõe duas ou mais entidades familiares diversas entre si.<sup>33</sup>

Quando se fala em família simultânea, é comum se ter a ideia de bigamia, isto é, de existirem concomitantemente várias conjugidades. No entanto, a circunstância de várias famílias pode dizer respeito também à filiação, uma vez que é cada vez mais frequente a situação de filhos de pais separados que mantêm contato e afeto com ambos os genitores, os quais constituem novas famílias. Outra hipótese que se pode conceber se refere à convivência de netos com seus avós em um núcleo familiar, sem deixar de viver com seus pais, em outro núcleo.

Pianovski assevera que é no âmbito da pluralidade de relacionamentos conjugais que é possível identificar potenciais limites aos efeitos das relações familiares, tendo em vista que quando se trata de simultaneidade no vínculo dos pais com os filhos a atribuição de eficácia não encontra limitações.<sup>34</sup>

A sociedade brasileira tende a criticar a existência paralela de dois ou mais

<sup>31</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 512-513.

<sup>32</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 518.

<sup>33</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 193.

<sup>34</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 174-181.

relacionamentos estáveis com características de família. Contudo, ainda que a monogamia historicamente venha a ser defendida, podem existir situações em que outras formas de organização da família mereçam maior tutela, embora afrontem as ideias monogâmicas predominantes no seio social. Em suma, não se pode *a priori* afirmar que a simultaneidade de entidades familiares não pode ser reconhecida pelo Estado, pois é o caso concreto, com suas peculiaridades e condições, que deve ser analisado. Nas palavras do supra referido autor,

(...) não se trata a monogamia de regra que possa ser imposta a todas as pessoas que, em suas múltiplas 'morais', podem reputar uma realidade familiar poligâmica como mais adequada às suas aspirações existenciais.<sup>35</sup>

Portanto, pode o Estado vedar a existência simultânea de dois casamentos, formalmente realizados, desde que essa restrição não se estenda aos relacionamentos constituídos faticamente, não oriundos do matrimônio.

Continua Pianovski aduzindo que, a partir do princípio da boa-fé objetiva, pode-se analisar se determinada relação familiar, ainda que exista concomitantemente com outra, merece o reconhecimento do Estado como família. Assim, quando ambas as construções familiares sabem da existência uma da outra e aceitam aquela situação, os deveres de transparência e lealdade foram respeitados, eis que não pode merecer a proteção jurídica aqueles relacionamentos que foram construídos sem que o núcleo anterior tivesse ciência, pois, nesses casos, tratar-se-iam de concubinatos, a merecer tutela apenas do direito obrigacional, se for o caso, como sociedade de fato, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes.

Por outro lado, se uma ou mais das entidades desconhecerem o comportamento daquele indivíduo, componente comum de todos os relacionamentos, não se pode afirmar, por óbvio, que a boa-fé objetiva foi violada. Nesse caso, o cônjuge ou companheiro que não sabia da existência dos relacionamentos simultâneos do membro comum está de boa-fé subjetiva, vez que se encontra em um estado de ignorância acerca daquela determinada situação, podendo-se sustentar que seu relacionamento consistia em uma união estável putativa.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 197.

<sup>36</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB

Com relação às repercussões jurídicas na vida prática das pessoas envolvidas, entende-se que é possível, por parte de ambos os companheiros/cônjuges, eventual pedido de pensão alimentícia, bem como a partilha de bens e, inclusive, a extensão da impenhorabilidade de dois imóveis por se tratarem de bem de família, ainda que de propriedade da mesma pessoa, se em cada um habitar uma família diferente, integrada pelo mesmo sujeito que possui entidades familiares paralelas.<sup>37</sup>

Em síntese, a concomitância de relações familiares merece reconhecimento em virtude dos princípios contemporâneos do Direito de Família, tais como a pluralidade das entidades familiares e os princípios da liberdade e da igualdade.

Ressalta-se a não taxatividade do artigo 226 da Constituição, eis que, de acordo com Paulo Lôbo, são normas de inclusão aquelas que protegem a família, até porque a proteção do Direito está voltada para os membros que a compõem, os quais devem poder realizar sua personalidade no âmbito familiar.<sup>38</sup>

Ainda, importante lembrar o ensinamento de Canotilho, segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe dê maior efetividade.<sup>39</sup> Por conseguinte, não há que se excluir de antemão a tutela e o reconhecimento de entidades familiares paralelas, desde que se atente para as características daquele caso específico, analisando-se a boa-fé dos membros envolvidos, bem como as repercussões da situação, priorizando-se a análise do ponto de vista mais próximo da ética e da justiça concreta.

Há quem fale ainda na existência da família solidária, na qual o fator que une as pessoas é a solidariedade, como por exemplo, quando idosos aposentados resolvem se reunir para juntos proverem suas necessidades, a fim de se evitar a institucionalização em asilos,<sup>40</sup> ou quando portadores de uma mesma deficiência preferem viver juntos para se auxiliarem mutuamente e lutar contra as adversidades da vida.

Com relação à união homoafetiva, também não expressa no texto constitucional, sua análise será feita em capítulo próprio, tendo em vista que o cerne

---

Thomson, 2006, p. 211.

<sup>37</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 209-219.

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

<sup>40</sup> GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 66.

do presente trabalho envolve justamente os direitos e efeitos que tais uniões podem produzir.

### **3 DA ADOÇÃO**

#### **3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS ATÉ O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Primeiramente, impende salientar que não se objetiva no presente capítulo a

análise linear da história da adoção no Brasil, uma vez que não se pode proceder à uma explicação rápida e contínua dos fatos, normas e concepções sociais referentes a determinado assunto, já que não há um único caminho para o conhecimento histórico e, principalmente, em razão de que o passado não se apresenta como um espetáculo linear diante de um observador, pois cada sujeito olha os fatos históricos de forma diferente.

Assim, não é possível a análise da história da adoção de modo neutro, sob pena de exclusão de todas as outras possibilidades e perspectivas históricas, tendo em vista que, ao olhar para o passado, o historiador o vê com olhos e categorias do presente.<sup>41</sup>

Por conseguinte, pretende-se apenas pontuar alguns aspectos que se entende relevantes para a compreensão da adoção constante da legislação pátria e presente na concepção da sociedade.

O contexto da adoção tem origem na Antiguidade, já que a filiação cumpria um papel relevante na continuidade da família, tanto no âmbito patrimonial, quanto com relação à religiosidade.<sup>42</sup> Quando da morte de um integrante da família, seus descendentes deveriam manter acesa a chama do fogo sagrado, pois se acreditava que a felicidade do falecido dependeria da conduta de seus descendentes após sua morte, podendo-se, portanto, perceber o interesse que as pessoas tinham em procriar, já que a felicidade daquele que morreu duraria enquanto sua família existisse e promovesse o culto doméstico.<sup>43</sup>

A adoção foi muito presente em Roma, uma vez que o *pater familias* não poderia morrer sem deixar sucessores encarregados de perpetuar seu nome, evitar a extinção da linhagem, bem como continuar o culto doméstico. Antônio Chaves cita os nomes de vários imperadores romanos que foram adotados, tais como Calígula, Tibério, Nero e Justiniano.<sup>44</sup>

Embora as famílias permitissem vários mecanismos a fim de evitar seu perecimento, tais como a possibilidade de divórcio quando a esposa era estéril e o dever de ter relações sexuais com um parente do marido para ter filhos e indicá-los

<sup>41</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, 58-61.

<sup>42</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 113.

<sup>43</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 53-54.

<sup>44</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 49-50.

como sendo do esposo, ainda haviam situações em que somente a adoção possibilitaria a continuidade da família. Inicialmente, o ato de adotar se justificava apenas para famílias que não possuíam descendentes, para evitar a extinção do culto familiar, podendo-se afirmar, por conseguinte, que na Antiguidade a preocupação do Direito era voltada mais para os laços religiosos do que para os naturais.<sup>45</sup>

Viviane Girardi aduz que a adoção foi bastante utilizada entre os povos orientais, exercendo importante função política e social, sendo, no entanto, no Direito Romano compilada e sistematizada, o que possibilitou sua larga expansão. Após a invasão dos bárbaros, permaneceu em virtude do desejo dos guerreiros de perpetuar seus feitos de guerra na pessoa do adotado. Para o Direito Germânico, possuía a função de suprir a falta de testamento. Contudo, na Idade Média praticamente desapareceu, em razão de o Direito Canônico valorizar a família cristã, fundada no matrimônio, sabendo-se que tais proibições eram oriundas do intuito de a Igreja Católica ficar com as terras dos senhores feudais, caso estes não tivessem herdeiros.<sup>46</sup>

Sustenta Rolf Madaleno que a adoção foi retomada após a Revolução Francesa e com o advento do Código de Napoleão, sendo impulsionada no momento pós Primeira Guerra Mundial, em virtude do alto índice de orfandade causado pelos óbitos nas batalhas.<sup>47</sup>

Ressalta-se que no Direito Civil Clássico, ainda que a preocupação principal tenha deixado de ser a continuidade do culto religioso, o instituto da adoção ainda não estava voltado para os melhores interesses do adotado, como determina atualmente o Direito Contemporâneo.<sup>48</sup>

A Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção Internacional (1984), a Convenção sobre Direitos da Criança (1990), bem como a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993), todas promulgadas no Brasil, estimularam a adoção,

---

<sup>45</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 114-115.

<sup>46</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115.

<sup>47</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 607.

<sup>48</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115.

vista como um ato a integrar totalmente a pessoa adotada à família adotante.<sup>49</sup>

No Direito Brasileiro, com o Código Civil de 1916 a adoção foi sistematizada, em meio a inúmeras restrições, cujos reflexos se notavam na regra que exigia a idade mínima de cinquenta anos para o adotante e uma diferença de dezoito anos entre este e o adotado. Somente com o advento da Lei n. 3.133/57, modificou-se a idade mínima para trinta anos para se adotar, reduziu-se para dezesseis anos a diferença de idade entre adotante e adotado, bem como se eliminou a exigência da inexistência de filhos para que o casal pudesse adotar.<sup>50</sup>

Sob a vigência do Código Civil de 1916, a adoção era vista como uma solução consolatória para aqueles que não podiam ter filhos. Portanto, além da idade de cinquenta anos, para adotar era necessário que o casal não possuísse prole. Nas palavras de Viviane Girardi:

A adoção regulamentada nessa fase pelo Código Civil só era permitida a quem, não tendo filhos, também contasse com idade superior a 50 (cinquenta) anos, pois este requisito legal era entendido pelo legislador tanto como prova da impossibilidade da geração de prole natural, como garantia de que não adviriam filhos naturais supervenientes à adoção. Esses requisitos legais da época marcavam o caráter do instituto voltado para suprir uma falta que a natureza havia criado. Seu vértice, portanto, eram os interesses dos adotantes.<sup>51</sup>

Paulo Lôbo destaca que, durante a história brasileira, sobretudo nos quatro primeiros séculos, o direito canônico impedia a ampla utilização do instituto da adoção, haja vista que os sacerdotes a viam praticamente como uma afronta ao casamento, à constituição da família legítima e como uma forma de fraudar normas que proibiam o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos.<sup>52</sup>

Além da redução para trinta anos da idade necessária para se adotar, a Lei n. 3.133/57 alterou a finalidade do instituto da adoção, que deixou de ser um consolo para quem não podia ter filhos para ter uma função assistencialista, isto é, a fim de melhorar as condições materiais e morais do adotado.

Nesse momento, a adoção era vista como um negócio jurídico solene, vez que o descumprimento de seus requisitos legais poderiam gerar invalidade ou mesmo inexistência do ato. Tais requisitos consistiam em: ter o adotante idade

<sup>49</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

<sup>50</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 607.

<sup>51</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.



superior a trinta anos; caso os adotantes fossem casados, deveriam sê-lo por mais de cinco anos; a diferença de idade entre adotante e adotado deveria ser de no mínimo dezesseis anos; bem como a exigência de que, se duas pessoas fossem adotar, deveriam ser homem e mulher casados.<sup>53</sup>

Aduz Viviane Girardi que se pode comprovar o caráter assistencialista do instituto nesse contexto histórico com a característica de não ruptura dos vínculos jurídicos do adotando com sua família natural e, conseqüentemente, com as obrigações inerentes a tais relações. Além disso, o vínculo formado com os pais adotivos era estreito e frágil e não havia direito sucessório entre o adotando e os parentes do adotante.

Com a Lei de 1957 era possível a adoção por quem já tivesse filhos naturais; no entanto, na presença de prole biológica, o Código Civil de 1916 determinava que o filho adotivo não teria nenhum direito sucessório. No caso de filhos naturais nascidos posteriormente à adoção, o adotado teria direito à metade do que coubesse àqueles.<sup>54</sup>

O Código Civil da época estabelecia também que, em caso de morte do adotado sem deixar descendentes, se seus pais biológicos fossem vivos, estes seriam seus herdeiros por inteiro, não cabendo nada ao adotante.

A adoção nesses termos, sem formação de vínculo integral com a família adotiva, após a introdução da adoção plena, passou a ser conhecida como adoção simples, que poderia inclusive ser desfeita, mediante algumas exigências da lei. Antônio Chaves conceitua a adoção simples como

o ato solene pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelecia, com menor em situação irregular, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue.<sup>55</sup>

Apesar de a Lei de 1957 não ter dado ao instituto a importância que merecia, foi um importante avanço no sentido de popularizar a adoção, consoante a opinião do supra citado autor.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117-118.

<sup>54</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 118.

<sup>55</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 60.

<sup>56</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 58.

Com a Lei n. 4.655/65, o vínculo de parentesco entre adotante e adotado passou a ser integral, com rompimento deste com sua família de origem, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais. Essa nova forma de adoção era irrevogável e permitida apenas para pessoas casadas legalmente.

Assevera Viviane Girardi que com a promulgação da Lei n. 6.697/79, o conhecido Código de Menores, essa legitimação adotiva passou a ser denominada de adoção plena, uma vez que abrangia uma gama maior de direitos, o que a diferenciava do tipo de adoção até então em vigor.<sup>57</sup>

Tendo em vista que o referido Código de Menores instituiu, ao lado da adoção tradicional, a modalidade de adoção simples de menores em situação irregular, a qual, observado o disposto na Lei n. 6.697/79, reger-se-ia pela lei civil, assevera Antônio Chaves que “Revelou, assim, o legislador falta de coragem para aproveitar a oportunidade de uma consolidação e incorporação de todos os dispositivos do CC e das leis complementares, reformulando o edifício inteiro desde as suas bases”.<sup>58</sup>

Persistindo essa dicotomia do instituto da adoção,<sup>59</sup> ressalta-se que o menor em situação irregular, conforme o artigo 2º do Código de Menores de 1979, era aquele que havia sido privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em virtude da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; impossibilidade manifesta destes em provê-las; havia sido vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; se estivesse em ambiente contrário aos bons costumes ou explorado em atividade também contrária aos bons costumes; bem como o menor que estivesse sem assistência ou representação legal diante da falta dos pais.

Sustenta Antônio Chaves que foi perdida uma grande oportunidade para melhorar o instituto da adoção no Brasil. Na França, tendo em vista que as crianças abandonadas constituíam a maior parte dos candidatos à adoção, e considerando que a legitimação adotiva conferia uma melhor situação para os adotados, já que se formava uma relação de filiação e paternidade, sem limitações, entre adotante e adotado, o número de pedidos de legitimações adotivas foi enormemente mais

---

<sup>57</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119.

<sup>58</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 59.

<sup>59</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 120.

significativo (1.500) do que o número de pedidos de adoções (80).<sup>60</sup>

Com relação à adoção plena, Chaves a define como

a outorga judicial, de efeitos constitutivos, e com as condições de segredo, irrevogabilidade e desligamento da família de sangue, salvo os impedimentos matrimoniais, obedecidos os requisitos e formalidades da lei, a um ou a mais menores, em geral, até sete anos de idade, que se encontrem privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, ou manifesta impossibilidade dos mesmos para provê-las, do estado de filhos legítimos de um casal, excepcionalmente de pessoa viúva ou cônjuges separados judicialmente.<sup>61</sup>

Essas características acerca da adoção, bem como suas duas modalidades, permaneceram no Direito Brasileiro até a promulgação da Constituição de 1988.

### 3.2 CARACTERÍSTICAS DA ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO ATUAL

Diante do conteúdo do artigo 227, parágrafo 6º, da Carta Magna, percebe-se a inovação trazida pelo texto constitucional acerca da matéria, ao estabelecer a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem, nas seguintes palavras: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

De acordo com Viviane Girardi,

O estatuto jurídico da filiação, nos moldes previstos pelo ordenamento jurídico contemporâneo, bem como de forma especial, a filiação adotiva, culminou por desnudar a crise dos fundamentos do sistema jurídico codificado que deitava suas raízes na consanguinidade, na impessoalidade e na funcionalidade da filiação (...).<sup>62</sup>

O texto constitucional, ao estabelecer a igualdade da filiação, proibiu a discriminação em razão da origem dos filhos. Por consequência, a classificação preconceituosa acerca dos filhos em legítimos e ilegítimos, estes compreendidos entre os naturais e os espúrios (adulterinos ou incestuosos) não tem mais lugar no Direito de Família Contemporâneo, pautado sobre o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

<sup>60</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-70.

<sup>61</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 72.

<sup>62</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 121.

Além do dispositivo constitucional, o artigo 1.596 do Código Civil de 2002 também afirma a igualdade entre os filhos, com palavras semelhantes às utilizadas pelo Constituinte: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

S. G. Pereira, citado por Lídia Natália Dobrianskyj Weber, dispõe que

a adoção é instituto por demais sublime e grandioso para que se o amesquinhem com exegeses restritivas, alicerçadas no fechamento egoístico da família consanguínea, em estranhas concepções sobre meias filiações e no aceitar de uma desigualdade que só provocará traumas psíquicos ao adotado (...).<sup>63</sup>

O Código Civil de 2002, ao instituir o sistema da adoção plena, contribuiu para o fim da distinção antes existente, em razão da convivência do Código Civil de 1916 com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), entre adoção plena ou integral para a criança ou adolescente, dependente de decisão judicial, e adoção simples para os maiores de dezoito anos, por meio de escritura pública. Ou seja, não há mais tal distinção, sendo que a adoção de maiores e de menores se reveste das mesmas características e ambas dependem de decisão judicial.<sup>64</sup>

Portanto, o ECA trouxe nova regulamentação à adoção, bem como o Código Civil de 2002, que repetiu dispositivos já constantes do ECA, adaptando para dezoito anos a idade mínima para se poder adotar alguém, tendo em vista o artigo 4º, inciso I, que reduziu a capacidade civil. A chamada Nova Lei da Adoção (Lei n. 12.010/09) modificou algumas disposições da Lei n. 8.069/90, regulamentando também a adoção de maiores de dezoito anos, além de outras alterações, conforme ver-se-á mais adiante.<sup>65</sup>

O artigo 227, parágrafo 5º, da Constituição dispõe que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público, o qual, na forma da lei, estabelecerá os casos e as condições de sua efetivação. A adoção é ato jurídico em sentido estrito e depende de decisão judicial para produzir efeitos, sendo que, por versar sobre o estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. Também é ato personalíssimo, não se admitindo que seja exercido por procuração, de acordo com o artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. *Pais e Filhos por Adoção no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 62.

<sup>64</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

<sup>65</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 607.

<sup>66</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

A adoção de crianças e adolescentes é regulamentada pelo ECA, bem como a adoção de maiores de dezoito anos, já que a Lei n. 12.010/09 revogou expressamente os dispositivos legais do Código Civil relativos ao instituto, prevendo o artigo 1.619 que a adoção de maiores de dezoito anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069/90. Assim, a adoção de maiores deve obedecer a processo judicial, não mais sendo possível a adoção por escritura pública, conforme era permitido sob a vigência do Código Civil anterior.

Tal modificação tem sua razão de ser para evitar as fraudes no Direito de Família, muito comuns desde tempos remotos. Não era raro, por exemplo, a adoção de pessoas maiores com o fim de constituí-las herdeiras, bem como a aproximação de golpistas a idosos solitários para, oferecendo-lhes carinho e solidariedade, conquistarem sua confiança e serem por eles adotados, apenas com o objetivo de se tornarem herdeiros e usufruírem daquele patrimônio.<sup>67</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem natureza de microssistema legislativo e trata das questões legais concernentes à criança e ao adolescente,<sup>68</sup> priorizando o bem-estar destes e considerando-os sujeitos de direitos, diferentemente da concepção anterior, em que a adoção era realizada de acordo com os interesses dos adotantes. Conforme aduz Tânia da Silva Pereira, o tratamento dos menores como sujeitos de direitos “significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”.<sup>69</sup>

No artigo 1º o ECA consagrou a doutrina jurídica da proteção integral à criança e ao adolescente, seguindo a orientação internacional, valorizando sobretudo os interesses dos menores, vistos como cidadãos merecedores de especial proteção, por serem sujeitos em formação.

Nesse sentido, a adoção será conferida quando for para o melhor interesse do adotando, que, de acordo com Viviane Girardi, consiste em um critério jurídico não-legal, oriundo do direito anglo-saxão (“the best interest of the child”).<sup>70</sup>Inclusive,

<sup>67</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 605.

<sup>68</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 122.

<sup>69</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 15.

<sup>70</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por*

o artigo 43 do ECA dispõe que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Para adotar uma pessoa é necessário ter mais de dezoito anos, sob pena de nulidade, por violação de requisito legal essencial, que não pode ser sanada quando completada a idade. Além disso, é preciso que o adotante tenha pleno desenvolvimento de suas faculdades mentais, ou seja, não podem adotar aqueles sem discernimento para a prática do ato ou com desenvolvimento mental incompleto, aqueles que não puderem exprimir sua vontade, bem como os ébrios habituais, considerados relativamente incapazes (artigo 4º do Código Civil).<sup>71</sup>

Os ascendentes, descendentes ou irmãos do adotando não podem adotá-lo, segundo o artigo 42, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por incompatibilidade com o instituto e pela confusão de parentesco que geraria. É possível somente o deferimento da guarda ou da tutela para um desses parentes. Contudo, a adoção por parentes colaterais não é vedada.<sup>72</sup>

É exigida uma diferença mínima de dezesseis anos entre o adotante e o adotado, haja vista que se objetiva, com a adoção, a geração de uma relação de filiação e paternidade, tendo o legislador entendido razoável o estabelecimento de tal diferença de idade, até para existirem as noções de responsabilidade do pai para com o filho.

Nesse sentido, assevera Rolf Madaleno que “O adotado justamente carece de pais, ainda que não possua irmãos, mas precisa, no modelo de construção de sua personalidade, das figuras parentais (...)”.<sup>73</sup>

Obviamente, a absolutização de uma regra gera riscos de injustiça ante o caso concreto, já que, em razão da máxima do melhor interesse da criança, pode ser que o novo companheiro de uma mulher com um filho não reconhecido por seu pai biológico passe a nutrir laços de afeto para com o menor. No entanto, se a diferença de idade entre eles for inferior a dezesseis anos, a justiça indeferiria o pedido de adoção, fechando os olhos para as relações de amor surgidas, ainda que representasse reais vantagens para a criança, inclusive patrimoniais, do ponto de

---

*Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 123.

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277.

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277.

<sup>73</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 619.

vista previdenciário e sucessório?<sup>74</sup>

Entende Waldyr Grisard Filho que o juiz deve analisar concretamente a situação apresentada, ainda que haja omissão legislativa,<sup>75</sup> ou até disposição em contrário, mesmo porque uma regra restritiva de direitos não pode prevalecer diante de princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e a proteção de crianças e adolescentes assegurada no artigo 227 da Constituição Federal.

O procedimento da adoção envolve, primeiramente, a habilitação dos adotantes, cujo deferimento ou indeferimento tem natureza de sentença judicial, passível, portanto, de recurso. Após, estando habilitados para a adoção, respeitada a ordem constante no cadastro de adotantes, pode ser deferida a adoção por meio de decisão do juiz.

O estágio de convivência, obrigatório para a adoção de menores de dezoito anos, tem prazo fixado pelo juízo e precederá à adoção,<sup>76</sup> para se assegurar que a decisão de colocação na nova família seja realmente a melhor para os interesses da criança ou adolescente.<sup>77</sup>

Em se tratando de adoção por estrangeiros ou brasileiros domiciliados fora do Brasil, o estágio de convivência será de no mínimo 30 (trinta) dias, a serem cumpridos em território nacional, a fim de que o juiz, auxiliado por equipe interprofissional, possa avaliar se a adoção corresponderá ao melhor interesse do adotando.<sup>78</sup>

Dentre os critérios para ser deferido o pedido de adoção, Rolf Madaleno elenca como requisitos objetivos: a idade do adotante de no mínimo 18 (dezoito) anos (ECA, artigo 42); o consentimento dos pais do adotando, salvo quando destituídos do poder familiar ou desconhecidos; o consentimento do adotando se possuir 12 (doze) anos de idade (ECA, artigo 45, parágrafos 1º e 2º); a realização do estágio de convivência; bem como o prévio cadastramento do adotante, dispensado

<sup>74</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 11, p. 42, out./dez. 2001.

<sup>75</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 11, p. 42, out./dez. 2001.

<sup>76</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 279.

<sup>77</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124-125.

<sup>78</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 279.

apenas no caso do artigo 46, parágrafo 1º, do ECA, ou seja, se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo razoável para se avaliar a conveniência do deferimento da adoção.<sup>79</sup>

Paulo Lôbo lamenta o fato de que a Lei n. 12.010/09 desconsiderou para efeitos de estágio de convivência aquele convívio de fato, ou mesmo a guarda de fato, contrariando, em muitas situações, os laços afetivos construídos.<sup>80</sup>

Ainda, como já explicitado anteriormente, a diferença de idade entre o adotante e o adotando deve ser de no mínimo 16 (dezesesseis) anos (ECA, artigo 42, parágrafo 3º). Aduz Antônio Chaves que a razão de existir de tal requisito tem origem no Direito Romano, que via a adoção como a reprodução da paternidade natural.<sup>81</sup>

Clóvis Beviláqua, por sua vez, entende se tratar de uma diferença de idade para dar aos pais adotivos a distância necessária a inspirar o respeito dos filhos em relação ao pai ou à mãe.<sup>82</sup>

Para Pontes de Miranda, tal critério corresponde ao tempo em que o adotante poderia ser pai ou mãe do adotado.<sup>83</sup>

Quanto aos requisitos subjetivos, pode-se citar: a idoneidade do adotante; a expressa vontade de exercer com o adotando o vínculo afetivo de paternidade; e resultar em reais vantagens para a criança ou adolescente (ECA, artigo 43).<sup>84</sup>

A adoção é ato pessoal e personalíssimo, do que decorre a proibição de ser feita por procuração, de acordo com o artigo 39, parágrafo 2º, do ECA.

Para duas pessoas poderem adotar conjuntamente, é preciso que sejam casadas ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família (ECA, artigo 42, parágrafo 2º), o que não é diretamente proporcional ao tempo de duração da relação afetiva, devendo ser comprovada no caso concreto, por meio de análise psicológica e social do casal,<sup>85</sup> não mais havendo determinação legal de um mínimo de tempo de convivência entre os adotantes.

<sup>79</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 618.

<sup>80</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 279.

<sup>81</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 4. ed. Campinas: Julex Livros, 1988, p. 120.

<sup>82</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Apud* CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 4. ed. Campinas: Julex Livros, 1988, p. 121.

<sup>83</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Apud* CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 4. ed. Campinas: Julex Livros, 1988, p. 121-122.

<sup>84</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 618.

<sup>85</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 618.



Os separados judicialmente, divorciados e ex-companheiros de união estável podem adotar em conjunto, desde que acordem sobre a guarda e regime de visitas e que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do casamento ou da união, assegurando-se a guarda compartilhada, conforme determinado pelo artigo 1.584 do Código Civil, se gerar efetivo benefício ao adotando. (ECA, artigo 42, parágrafos 4º e 5º). Em caso de guarda unilateral, deve-se comprovar a relação de afetividade entre o menor e o adotante não detentor da guarda.

O parágrafo 6º do artigo 42 dispõe sobre a possibilidade de deferimento da adoção ainda que o adotante venha a falecer no curso do procedimento, diante de inequívoca manifestação de vontade.

Quando os pais do adotando constarem do registro de nascimento e estejam na titularidade do poder familiar, o consentimento de ambos é necessário. O consentimento de um não pode ser suprido judicialmente, haja vista que o consentimento não é exercício do poder familiar, mas faz parte do âmbito da autonomia privada do indivíduo. Em caso de adolescente, a partir de 12 (doze) anos, é obrigatório seu consentimento, associado ao dos pais conhecidos, mas sendo suficiente caso sejam eles desconhecidos.<sup>86</sup>

Assevera Paulo Lôbo que o consentimento pode ser revogado no curso do processo de adoção, até o trânsito em julgado da sentença, sendo dispensado em caso de perda do poder familiar (CC, artigo 1.638) ou se o menor de 12 (doze) anos não tiver pais conhecidos.<sup>87</sup>

O parágrafo único do artigo 13 do ECA, introduzido pela Lei n. 12.010/09, estabeleceu a possibilidade de a mãe biológica entregar voluntariamente o recém-nascido para adoção, devendo a gestante ou parturiente ser encaminhada ao Juizado da Infância e da Juventude, ao manifestar tal intenção.

O companheiro ou o cônjuge do pai ou da mãe da criança ou do adolescente podem adotá-lo, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 41 do ECA, privilegiando-se, assim, os vínculos socioafetivos construídos, na medida em que o pai ou a mãe biológica do adotando não lhe promova os cuidados e atenções devidas, descumprindo o papel de pai ou mãe.

Observa-se que, no intuito de atender ao melhor interesse do adotando, a

<sup>86</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280-281.

<sup>87</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281-282.

adoção pelo companheiro ou cônjuge de um dos pais rompe com os vínculos jurídicos antes existentes entre a criança ou adolescente e seu pai biológico e ultrapassa as barreiras da consanguinidade, valorizando os sentimentos de afeto envolvidos, além de aumentar a proteção legal aos adotandos, que passam a ser filhos jurídicos e recebem, além de um segundo pai ou uma segunda mãe, um feixe de novas relações estabelecidas com os parentes do adotante.<sup>88</sup>

Vale transcrever as seguintes palavras de Tânia da Silva Pereira:

diante da prioridade absoluta determinada pela Constituição Federal no sentido de fixar, entre os Direitos Fundamentais, a convivência familiar, é tempo de, além de a sociedade considerar a verdade biológica da paternidade, assumir a paternidade social como uma verdade (...). Pais também são aqueles que através da Adoção, Guarda e Tutela, assumem o desenvolvimento da criança, com carinho, desvinculados da origem do nascimento.<sup>89</sup>

Interessante mencionar que o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes passíveis de serem adotados, bem como um cadastro de pessoas habilitadas para adotar. A ordem cronológica das habilitações somente poderá ser dispensada pelo juiz, conforme determina o parágrafo 1º do artigo 197-E, nas hipóteses previstas no parágrafo 13 do artigo 50.

Importante destacar a existência da adoção *intuitu personae*, conceituada por Rolf Madaleno como “aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação a determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico, estando presentes os demais pressupostos para a adoção”,<sup>90</sup> ou seja, trata-se do deferimento da adoção a uma pessoa ou a um casal sem seguir a ordem do cadastro nacional ou regional de pessoas habilitadas. Infelizmente, a adoção *intuitu personae* vem sendo cada vez menos vista, contrariando, por vezes, o que seria o melhor para o bebê ou a criança no caso concreto. Nas palavras do citado autor,

há uma cega obediência ao cumprimento da lista de preferência do cadastro de candidatos à adoção mantido pela autoridade judiciária em cada comarca ou foro regional (ECA, artigo 50), a ponto de existirem pessoas que, em silêncio e sorrateiramente, à margem da legislação mantêm sob sua guarda de fato recém-nascidos que lhes foram confiados por gestantes

<sup>88</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 127-128.

<sup>89</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 228.

<sup>90</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 627.

que não desejaram criar os filhos a que deram à luz, para deixar que o tempo os vincule por uma relação intransponível de socioafetividade.<sup>91</sup>

Observa-se, portanto, que o rigor da lei brasileira acaba por incentivar indiretamente a prática de adoções informais, comumente chamadas de adoções “à brasileira”, por meio das quais alguém registra o filho alheio como próprio, sem passar pelo processo legal de adoção, objetivando que posteriormente a situação seja regularizada com base nos vínculos socioafetivos estabelecidos entre a criança e quem a está criando.

Em todo caso, consoante aduz Paulo Lôbo,

O juiz verificará se a adoção contempla o efetivo benefício do adotando. Este é requisito essencial, que não pode ser dispensado pelo juiz, na fundamentação da sentença, pois densifica o princípio da dignidade da pessoa humana do adotando e o princípio do melhor interesse da criança, expandindo-os a todos os adotandos, inclusive os maiores de 18 anos.<sup>92</sup>

Para analisar se a adoção trará reais vantagens ao adotando, deve o magistrado verificar se o ambiente familiar é adequado, se a família assegurará o atendimento à saúde, à segurança, à educação e à formação moral da criança ou adolescente. Por outro lado, o juiz deve observar se há possibilidade de formação de vínculos afetivos entre adotante e adotando,<sup>93</sup> já que, em suma, a adoção forma um vínculo de filiação e paternidade baseado em laços de afeto.

Nos termos dos artigos 167 e 168 do ECA, deve o juiz determinar a realização de estudo social por equipe interprofissional, integrada sobretudo por psicólogos e assistentes sociais, os quais elaborarão laudos para possibilitarem um melhor convencimento do magistrado, quando precisar decidir acerca de guarda provisória ou quanto ao estágio de convivência.

Vale ressaltar que a Lei n. 12.010/09, conhecida como a Nova Lei Nacional da Adoção, trouxe algumas modificações à matéria com o objetivo de assegurar o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. Os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil foram revogados e os artigos 1.618 e 1.619 tiveram sua redação alterada, concentrando-se no ECA os dispositivos acerca da adoção de menores.

Ainda, garantiu-se assistência psicológica às mães que pretenderem entregar os filhos à adoção (ECA, artigos 8º a 13); a expressão “pátrio poder” foi substituída

<sup>91</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 628.

<sup>92</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

<sup>93</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

por “poder familiar” (por exemplo, os artigos 21, 23, 24, o parágrafo único do artigo 36, o parágrafo 1º do artigo 45, dentre outros); inseriu-se o conceito de “família extensa” (ECA, artigo 25); e determinou-se a criação de um cadastro nacional e de cadastros estaduais de pessoas habilitadas para adotar, bem como de crianças e adolescentes passíveis de serem adotadas (ECA, artigo 50, mais especificamente os parágrafos 5º e seguintes).

Imperioso analisar de forma crítica a Nova Lei Nacional da Adoção, tendo em vista que, conforme afirma Paulo Lôbo,

A Lei n. 12.010/2009 encara a adoção como medida excepcional, valorizando excessivamente o que denomina de “família natural” (biológica e nuclear) como se a família socioafetiva também não fosse dotada de mesma dignidade. É uma lei restritiva e limitante da adoção, ao contrário do que apregoaram as razões legislativas. O § 1º do art. 39 do ECA, com a redação introduzida pela lei, é explícito: “a adoção é medida excepcional”, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os esforços para manutenção da criança na “família natural ou extensa”. Este conceito alargado de família extensa abrange os parentes próximos. Se nenhum deles manifestar interesse em cuidar da criança, então se recorrerá à adoção. **Condicionar a adoção ao interesse prévio de parentes pode impedir ou limitar a criança de inserir-se em ambiente familiar completo, pois, em vez de contar com pai e (ou) mãe adotivos, acolhido pelo desejo e pelo amor, será apenas um parente acolhido por outro, sem constituir relação filial.** (sem grifos no original).<sup>94</sup>

Observa-se, assim, que a Nova Lei Nacional da Adoção privilegiou sobremaneira os laços consanguíneos, conferindo a impressão de que os laços socioafetivos são inferiores aos biológicos. A exigência de serem esgotados os meios para manutenção da criança na sua família extensa de origem, aquela formada por parentes de seus pais biológicos, antes de se pensar na adoção, acaba por dificultar a inserção da criança em uma nova família que a receberia como filha, na qual efetivamente o infante desenvolveria uma relação filial.

A Lei n. 12.010/09 se mostrou preconceituosa ao privilegiar a relação biológica em detrimento daquela que seria formada pelo afeto e pela convivência entre adotante e adotado. Como é sabido que os casais homossexuais passam por inúmeras formas de discriminação na luta por seus direitos, no assunto tratado pelo presente trabalho percebe-se que os preconceitos são praticamente duplicados, eis que, por um lado, a legislação privilegia os laços meramente consanguíneos da criança ou adolescente, e, por outro, a adoção por homossexuais encontra inúmeras críticas oriundas, frequentemente, da falta de informação.

<sup>94</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276-277.

Infelizmente, há quem prefira pensar que o infante deve ficar sob a guarda de parentes, muitas vezes praticamente desconhecidos da vida diária da criança, do que ser adotado por um casal homoafetivo, com um imenso desejo de paternidade e que certamente iria proporcionar todo o carinho e atenção de que o menor necessita, numa relação paterno-filial. Tais questões serão melhor trabalhadas nos próximos capítulos.

Cumprе destacar que, com relação aos efeitos da adoção, como já afirmado, diferentemente do modelo anterior, são dissolvidos os vínculos com a família original, subsistindo tão somente os impedimentos matrimoniais, vedação que objetiva evitar o incesto.<sup>95</sup> Ressalta-se que, na maioria dos casos, tais impedimentos são apenas teóricos, haja vista que é possível que nem o adotante nem o adotado tenham conhecimento de quem são os pais biológicos.<sup>96</sup>

A adoção constitui relação de paternidade e filiação entre o adotante e o adotado, com todos os direitos e deveres inerentes a tal relação, inclusive o poder familiar; forma-se também uma relação de parentesco com a família do adotante, sendo que o adotado não mais pertencerá a sua família de origem, deixando, inclusive, de ser irmão dos irmãos que eventualmente possuísse.<sup>97</sup>

O artigo 47, *caput*, do ECA determina que o vínculo da adoção é constituído por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes (ECA, artigo 47, parágrafo 1º). O registro original do adotado será cancelado (ECA, artigo 47, parágrafo 2º) e a sentença lhe conferirá o nome do adotante e, a pedido deste ou daquele, poderá determinar a modificação do prenome (ECA, artigo 47, parágrafo 5º), observando-se o contido no parágrafo 6º, que estabelece a necessidade de se ouvir o adotado, se for o adotante quem requerer a modificação de prenome.

De acordo com o parágrafo 4º do artigo 47, não poderá constar nenhuma observação sobre a origem do ato nas certidões do registro, até para se evitar discriminação em razão da origem da filiação.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 43.

<sup>96</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 72.

<sup>97</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 290.

<sup>98</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

Segundo o parágrafo 7º, a adoção produz efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, a qual é passível de recurso pelas partes ou pelo Ministério Público. A inscrição no registro de nascimento possui eficácia declaratória, já que o estado de filiação se constitui no momento em que transitar em julgado a sentença.<sup>99</sup> Há uma exceção prevista no artigo 42, parágrafo 6º, o qual admite o deferimento da adoção àquele que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento antes da prolação da sentença. Neste caso, terá eficácia retroativa à data do óbito.

O parágrafo 8º estabelece que o processo relativo à adoção será mantido em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios a fim de conservá-lo para consulta a qualquer tempo.

Conforme já explicitado, a adoção atualmente visa a atender ao melhor interesse da criança ou do adolescente, que envolve, além de questões econômicas, o respeito às questões emocionais dos menores envolvidos no processo.<sup>100</sup>

O princípio do “best interest of the child” é oriundo da ideia de que o Estado poderia exercer sua autoridade sobre a criança que pratica algum ato contra a lei, na ausência ou incapacidade de seus pais de proverem a necessária assistência ao filho. Os Estados Unidos adotaram a filosofia do *parens patriae*, que autoriza a exclusão ou suspensão do poder familiar quando um menor se comporta contrariamente à lei, cabendo ao Estado assumir um papel de orientação paternal, decidindo questões concernentes à custódia do infante, podendo, inclusive, determinar seu aprisionamento para receber os “cuidados” necessários.<sup>101</sup>

Assiste razão à Tânia da Silva Pereira quando afirma não haver uma orientação uniforme acerca do conceito do “melhor interesse” dos adotandos,<sup>102</sup> haja vista depender significativamente do caso concreto, bem como de suas características e peculiaridades.

É sabido que, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a

<sup>99</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

<sup>100</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 128-129.

<sup>101</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do best interest of the child na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 411.

<sup>102</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

vigorar no Brasil “a doutrina jurídica da proteção integral”, de acordo com a qual as crianças e os adolescentes merecem proteção, em qualquer situação, e seus direitos devem ser garantidos. Como sujeitos de direitos, além daqueles comuns aos adultos, são titulares de direitos especiais, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, cabendo à família, à sociedade e ao Estado zelarem por eles.<sup>103</sup>

Nas palavras de Pedro Caetano de Carvalho,

O Estatuto assegurou às crianças e aos adolescentes os mesmos 'Direitos Humanos' garantidos aos adultos. Evoluiu do chamado 'direito do menor', em que eram tratados como 'objeto de direito', para elevá-los a 'sujeitos de direitos'.<sup>104</sup>

Os artigos 5º e 6º do ECA proporcionam, de certa forma, uma melhor compreensão do princípio do melhor interesse da criança, ao disporem que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (ECA, artigo 5º) e que, na interpretação da Lei n. 8.069/90, levar-se-á em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (ECA, artigo 6º, parte final).

Tânia da Silva Pereira lembra que o princípio do melhor interesse consta da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989, que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90.<sup>105</sup>

O referido princípio obriga diversas autoridades, inclusive instituições privadas, a considerar os interesses dos infantes no exercício de suas atribuições, e “cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infanto-adolescência, ao mesmo tempo que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância”. Pode-se dizer que é, ainda, um “princípio jurídico garantista” e deve assegurar a efetividade dos direitos subjetivos.<sup>106</sup>

Luiz Edson Fachin sintetiza o princípio do melhor interesse da criança como

<sup>103</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 16.

<sup>104</sup> CARVALHO, Pedro Caetano de. A Família e o Município. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 189.

<sup>105</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.

<sup>106</sup> MENDEZ, Emilio Garcia e BELOFF, Mary. *Apud PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.

“critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”.<sup>107</sup>

Para Heloísa Helena Barboza,

a doutrina da proteção integral (...) não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.<sup>108</sup>

A colocação da criança ou adolescente em família substituta é medida excepcional, tanto na lei brasileira quanto na Convenção das Nações Unidas,<sup>109</sup> quando for realmente necessária e atender aos melhores interesses dos menores.

De acordo com Ulisses Fialho Simas, a adoção assumiu um novo perfil no final do Século XX, uma vez que, enquanto tradicionalmente buscava-se uma criança para uma família, atualmente procura-se uma família para uma criança.<sup>110</sup>

Para Lídia Natália Dobrianskyj Weber, “O ECA passa a promover a adoção como primordialmente um ato de amor e não simplesmente uma questão de interesse do adotante”.<sup>111</sup>

Vale ressaltar que no Brasil há um grande número de adoções informais, conhecidas como adoções “à brasileira”, quando uma pessoa registra o filho alheio como se próprio fosse, sem passar pelo processo legal de adoção. Dessa realidade decorre o fato de ser praticamente impossível proceder-se a um levantamento preciso do número de filhos adotivos no país, diante da informalidade pela qual bebês ou crianças ingressam nas famílias que os criarão como se delas tivessem nascido, cabendo destacar, inclusive, que muitas pessoas jamais tomam conhecimento de que não são filhos biológicos de seus pais.

Após a promulgação da Constituição de 1988, e considerando o advento do ECA em 1990, o número de adoções ditas legais aumentou consideravelmente, em

<sup>107</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 125.

<sup>108</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115.

<sup>109</sup> CARVALHO, Pedro Caetano de. A Família e o Município. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 179.

<sup>110</sup> SIMAS, Ulisses Fialho. O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente em Face das Regras Processuais e Procedimentos Cíveis da Lei 8.069/90. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 621.

<sup>111</sup> WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. *Pais e Filhos por Adoção no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 61.



comparação com o número de adoções informais, em razão da vedação da discriminação entre os filhos, bem como em virtude da facilitação da adoção trazida pela Lei n. 8.069/90, mesmo porque as características de irrevogabilidade do procedimento, após o trânsito em julgado da sentença, e de rompimento dos laços do adotado com sua família de origem, acabaram por estimular os casais a adotarem, já que não mais precisariam temer que o filho adotivo fosse retirado de seu convívio e voltasse para os pais biológicos.

Destaca-se o pensamento de Lídia Natália Dobrianskyj Weber, que afirma

A população mostra diversos estereótipos sobre o filho adotivo: acha que é possível devolver a criança adotada se ela não for obediente; acha que é melhor não contar para o filho que ele é adotivo; pensa que todo filho adotivo, cedo ou tarde, “vai dar problemas”, entre outros.<sup>112</sup>

Observa-se, portanto, a imprescindibilidade de exterminar os preconceitos existentes na sociedade em face dos filhos adotados, preconceitos que se acentuam ainda mais quando o assunto é adoção por homossexuais, sendo que, frequentemente, a discriminação vem da própria família e em decorrência da falta de informação.

#### **4 ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS**

##### **4.1 DO PRECONCEITO EXPLÍCITO E VELADO À LUTA POR UM MODO DE SER**

Sabe-se que na Grécia Clássica, “berço da democracia”, a pederastia era vista sob um caráter pedagógico, por meio da qual um sujeito mais velho passava seu conhecimento a um jovem. Ocorria predominantemente entre cidadãos livres. Consoante Anibal Guimarães, para os gregos, no relacionamento entre dois homens era essencialmente significativo o valor atribuído à discussão entre a atividade e a passividade, debate que não se limitava ao aspecto sexual, eis que o seu valor se estendia ao campo das atitudes morais.<sup>113</sup> Afirma, ainda, que ser ativo significava controlar a própria vida, já que a passividade era vista como característica das mulheres. O homem poderia se relacionar com outros homens, sem ser visto como feminino, se fosse o ativo na relação sexual e no domínio de sua vida.

<sup>112</sup> WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. *Pais e Filhos por Adoção no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 161.

<sup>113</sup> GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade Heterodiscordante no Mundo Antigo. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30-31.

Além disso, cumpre ressaltar que, para os gregos, não eram práticas excludentes o amor a uma pessoa de sexo oposto e a outra do mesmo sexo, vez que o desejo que levava à união entre homem e mulher não se confundia com o amor verdadeiro, exclusividade entre os homens, porque pressupunha uma amizade, esta indissociável da virtude.<sup>114</sup>

Por outro lado, em Roma houve considerável alteração quanto à importância atribuída aos relacionamentos entre homens. Desapareceu aquele intuito de debates filosóficos e morais e de transmissão do conhecimento para o homem mais novo. As relações entre homens do mesmo sexo deixaram de ser praticadas entre cidadãos livres, passando a acontecer com escravos, cujos *status* não mereciam cuidados. Essa desimportância de *status* daqueles com quem os cidadãos romanos se relacionavam pode ter contribuído para o desinteresse com que a questão passou a ser tratada, diferentemente da Grécia. Assevera Anibal Guimarães que em Roma

o direito familiar e determinadas leis públicas contribuíram não apenas para preservar o pátrio poder como também para colocar meninos impúberes de boa origem a salvo dos avanços de homens que desejavam exercer sobre eles a mesma influência e importância que lhes era reservada na Grécia.<sup>115</sup>

Somando-se a esses fatos, destacam-se os discursos médicos e filosóficos que passaram a existir, os quais apregoavam os efeitos maléficos dos prazeres para o corpo e para a alma, bem como defendiam as concepções acerca do casamento e das obrigações conjugais.

As relações sexuais passaram a assumir um papel diferente, desligadas do prazer e merecedoras de proteção. Mais tarde, com o advento do cristianismo, passaram a ser legítimas somente se ocorridas sob o manto do matrimônio e se visassem à procriação.

Tendo em vista a propagação do cristianismo, bem como a diminuição da influência greco-romana ao longo do tempo, o mito bíblico de Sodoma e Gomorra conferiu os principais argumentos contrários às práticas homossexuais.

Destaca-se que por um longo período de tempo houve uma “caça as bruxas” contra os suspeitos de se relacionarem com pessoas do mesmo sexo. Parece que o mais abominável nesse momento era o fato de um homem preferir abdicar de sua

<sup>114</sup> GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade Heterodiscordante no Mundo Antigo. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

<sup>115</sup> GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade Heterodiscordante no Mundo Antigo. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

honra de cidadão para se comportar de maneira passiva e inferior, própria das mulheres, a fim de obter prazer.

Na Europa durante a Idade Média foram elaboradas diversas leis que puniam o crime de sodomia com penas capitais e infamantes, tais como enforcamentos, afogamentos e fogueiras. No Ocidente, a partir do Século XIX, as legislações penais também criminalizaram a sodomia, inclusive com a pena de morte.

Explica Michel Foucault que, até o final do século XVIII, três grandes códigos expressos, além da importância dada aos costumes e à opinião das pessoas, regiam as práticas sexuais, a saber, o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Afirma que todos estavam centrados nas relações matrimoniais, sobretudo no dever conjugal, na capacidade de desempenhá-lo e na forma pela qual era cumprido. Em suma, “o sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações.” Aduz ainda o autor que tais códigos não distinguiram entre as violações às regras do casamento e às relacionadas à genitalidade, haja vista que infringir os deveres do matrimônio e buscar prazeres considerados “estranhos” eram pecados graves e mereciam de qualquer modo condenação.<sup>116</sup>

Como o Brasil recebeu influência direta das normas portuguesas, vale destacar que as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, cujas fontes eram os Direitos Romano e Canônico, previam a pena de fogo contra a sodomia. Nas Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, a sodomia, equiparada ao crime de lesa-majestade, era punida com o confisco de bens e a infâmia sobre os descendentes do condenado. No entanto, maior importância tiveram as Ordenações Filipinas, pois vigoraram em território brasileiro por mais de dois séculos e estabeleciam o confisco de bens para a Coroa, a pena de fogo para o criminoso e a infâmia para seus descendentes, além de preverem, ao contrário das Ordenações anteriores, a punição para as mulheres que umas com as outras cometessem tal “pecado”.<sup>117</sup>

Importante ressaltar que a punição à sodomia não era passível de atenuação em caso algum, nem mesmo se o condenado fosse nobre ou funcionário da Coroa, ao contrário do que acontecia na prática de outros crimes.

No Brasil Colônia havia ainda a jurisdição eclesiástica, com constituições

---

<sup>116</sup> FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*, v. I. São Paulo: Graal, 2005, p. 44-45.

<sup>117</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 164.

próprias e distintas da justiça comum, que perduraram até 1900 e consideravam a sodomia um crime “péssimo e horrendo” que provocava enormemente a ira de Deus. O suspeito deveria ser entregue ao Santo Ofício da Inquisição, sendo que, no caso das mulheres, poderiam ser apenas condenadas ao degredo por três anos, além de pena pecuniária, por se tratar de sodomia imprópria (sem penetração).<sup>118</sup> O Código Criminal do Império, de 1830, foi influenciado sobretudo pelo Código Napoleônico e pelos iluministas, os quais afirmavam que se a sodomia fosse praticada sem violência ou indecência pública não deveria ter repercussões jurídicas. Então, a legislação brasileira acabou eliminando o tipo jurídico da sodomia. No entanto, passaram a ser vistos, quando praticados em público, como crimes por ofensa à moral e aos bons costumes.<sup>119</sup>

No Código Penal Republicano de 1890, persistia a condenação por ofensa à moral, sob o nome de “crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias” ou “ultraje público ao pudor”, cuja pena era relativamente mais severa do que a prevista no Código Imperial. Em 1932, com a reforma do Código Penal, acrescentou-se a proibição de circulação de jornais, livros, folhetos e periódicos que ofendessem a moral pública.

Com o Código Penal de 1940, válido até os dias de hoje, manteve-se o crime de ultraje ao pudor, quando o ato obsceno for praticado em público ou se houver exposição ao público do objeto obsceno. Durante a ditadura militar, promulgou-se a Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), a qual impôs a pena de detenção por três meses a um ano, bem como multa, para quem divulgasse pela mídia fatos atentatórios aos bons costumes. Por meio dessa vedação é que o governo passou a reprimir manifestações em luta dos direitos dos homossexuais em território brasileiro.

A partir da terceira década do século XIX, de acordo com João Silvério Trevisan, “o Estado liberal e civilizador tomava consciência do alto índice de mortalidade infantil e das péssimas condições sanitárias do lar patriarcal então existente no Brasil”. Daí surgiu a necessidade, para proteger a saúde e a vida dos filhos da Pátria, de modernizar o ambiente em que eles cresciam com prescrições científicas e cuidados de saúde mais eficazes.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 1165-166.

<sup>119</sup> GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade Heterodiscordante no Mundo Antigo. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32-35.

<sup>120</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 171.

Assevera o mesmo autor que o Estado passou a se intrometer na vida privada das famílias, controlando a higiene do corpo, mas interferindo também nas emoções e na sexualidade das pessoas, impondo modelos de bons comportamentos morais e pregando uma sexualidade dentro do vínculo familiar, eis que se acreditava que a “libertinagem” enfraquecia a nação. Desse modo, aos poucos foram se instaurando papéis bem determinados de masculinidade e feminilidade e, por consequência, de paternidade e maternidade. O que fugisse desse padrão era considerado anormal. Assim é que os libertinos, celibatários e homossexuais passaram a ser condenados, vistos como irresponsáveis e contrários ao papel ideal de homem-pai. De acordo com Trevisan,

Se a paternidade mal exercida (como no libertino) e a negação da paternidade (como no celibatário) constituíam faltas graves no código higienista, ainda mais grave era negar-se à vocação “natural de homem, como no caso do sodomita, que passou a ser chamado de uranista, pederasta (...).<sup>121</sup>

É claro que nessa época não se referia expressamente ao tema, eis que se consideravam imorais as práticas realizadas em geral pelos “degenerados sexuais”.

Diferentemente da Inquisição, a ideologia higienista exercia um controle terapêutico e não religioso em nome da ciência, sob o argumento de neutralidade, aos poucos se aproximando dos inquisidores ao buscar de modo incessante as causas da homossexualidade, o que colaborou para a criação de um cidadão reprimido e intolerante, que deveria seguir a normalidade. Aqui entrou em cena de modo significativo a psiquiatria, passando o homossexual a ser visto como doente e não mais como culpado.

Em 1869, o médico austro-húngaro Karl-Maria Kertbeny (batizado como Karl-Maria Benkert), conhecido por criar o termo *homossexual*,<sup>122</sup> defendeu a ideia de que a homossexualidade era algo inato no ser humano, não devendo os homossexuais, portanto, ser perseguidos por isso. A partir de então, a homossexualidade passou a ser considerada como um desvio da heterossexualidade, visão que representou um avanço para a época, pois certos dogmas cristãos foram vencidos e os homossexuais começaram a ser vistos como doentes, merecedores de tratamento para as inversões sexuais. Do pecado passou-se à doença, o que evitou inúmeras

<sup>121</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 172-173. Explica o autor que o termo *uranismo* deriva de uma ideia contida em *O Banquete*, em que Platão cita o mito de acordo com o qual o amor de Afrodite Urânia era aquele que não participa da fêmea, mas só do macho, ou seja, quem se afeiçoava a esse amor voltava-se para o másculo.

<sup>122</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 178.

crueledades contra os homossexuais, pois deixaram de ser perseguidos e condenados à morte por seu comportamento.

Adveio um grande interesse científico por parte de médicos para investigar e entender as chamadas perversões sexuais, dentro das quais se inseriu a homossexualidade, até Sigmund Freud, em 1935, o qual, embora visse a homossexualidade como um estágio não evoluído da heterossexualidade, manifestou-se em defesa dos homossexuais, os quais não deveriam ser motivo de vergonha nem de intolerância no meio familiar e social.<sup>123</sup> É bastante conhecida uma carta escrita por Freud e enviada à mãe de um homossexual norte-americano, na qual ele afirma:

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas nela não há nada de que se deva ter vergonha; não é um vício nem um aviltamento e não se poderia qualificá-la como doença; nós a consideramos uma variação da função sexual, provocada por certa interrupção do desenvolvimento sexual. Perseguir a homossexualidade como um crime é uma grande injustiça e também uma crueldade.<sup>124</sup>

Em 1948, após inúmeras pesquisas empíricas, Alfred Kinsey conclui que os estudos realizados comprovaram que a orientação sexual é na realidade uma gama de comportamentos e identidades e não uma condição, e que a homossexualidade é uma das muitas variações normais do comportamento sexual humano.<sup>125</sup>

Decorrência dos movimentos de liberação nos Estados Unidos no final da década de 60 e início da de 70, em 1973 a Associação Americana de Psiquiatria deixou de considerar a homossexualidade como distúrbio mental. Desde 1995, a OMS retirou a homossexualidade do código de identificação de doenças, passando a ser considerada uma das múltiplas facetas da sexualidade humana, não sendo doença nem sintoma.

Por conseguinte, deixou-se de se falar em homossexualismo, eis que o sufixo “ismo” indica doença, para se referir à homossexualidade, uma vez que “dade” significa modo de ser.

Desde 1991 a Anistia Internacional considera como violação aos direitos

<sup>123</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67-68.

<sup>124</sup> CÁNOVAS, N. P. *Apud* RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.110.

<sup>125</sup> KINSEY, Alfred. *Apud* GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 68.

humanos a agressão aos homossexuais e a proibição da homossexualidade.

Ressalta-se que a identidade sexual não é uma escolha do sujeito, situada no âmbito da autonomia privada, mas faz parte do inconsciente do ser humano, até porque, se fosse possível a escolha, ninguém optaria por uma orientação sexual que lhe trouxesse estigmatização. Portanto, prefere-se a expressão orientação sexual em detrimento do termo opção sexual.<sup>126</sup> Compreende-se orientação sexual

como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).<sup>127</sup>

A orientação sexual por pessoas do mesmo sexo parece se dar em decorrência de múltiplos fatores, tais como hormonais, genéticos ou comportamentais. No entanto, não há que se buscar desmesuradamente a explicação científica para a existência de sujeitos homossexuais. A homossexualidade é um fato inquestionável e quem assim se percebe merece a tutela jurídica.<sup>128</sup>

Percebe Viviane Girardi que as questões envolvendo os direitos dos homossexuais “estão diretamente vinculadas ao crescimento de valores sociais de igualdade, liberdade, pluralidade social e esse fenômeno se acentua quanto mais evoluído for o conceito de cidadania que uma sociedade tem em relação a todos”, uma vez que para a autora a proteção dos direitos das minorias é diretamente relacionada à evolução da consciência social da maioria.<sup>129</sup>

## 4.2 DA SOCIEDADE DE FATO AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sabe-se que muitas das opiniões contra o reconhecimento das uniões

<sup>126</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e Homossexualidade*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 83.

<sup>127</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 14.

<sup>128</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e Homossexualidade*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 82.

<sup>129</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

homoafetivas se baseiam em argumentos de procriação, sustentando que não se poderia conceder tutela jurídica a relações que estariam impossibilitadas desde logo de gerar prole. Primeiramente, a jurisprudência negou efeitos a quem pleiteasse em juízo algum direito decorrente da sua união homossexual. No entanto, a fim de se conferir um mínimo de efeitos a tais uniões, adveio a noção de sociedade de fato, pela qual a união entre pessoas do mesmo sexo deixou de existir apenas no plano fático e ingressou no mundo jurídico, semelhantemente ao que se deu com as uniões estáveis heterossexuais, vistas como sociedade de fato quando começaram a ter alguns de seus efeitos reconhecidos.<sup>130</sup> Nesse passo, também começou a ser aplicada para os parceiros do mesmo sexo a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece que, comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a consequente partilha do patrimônio adquirido por esforço comum.

O primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça a conceder efeitos para a união entre pessoas do mesmo sexo, cujo relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, embora não dissesse expressamente que se tratava de entidade familiar e apesar da impropriedade do emprego de uma noção do Direito das Obrigações, foi importante para o reconhecimento da união havida, vendo-a como sociedade de fato e determinando a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum. Veja-se a ementa do acórdão:

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMONIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDENCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPORTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSORIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.<sup>131</sup>

Utilizar-se de argumentos relacionados à procriação para negar tutela a

<sup>130</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 71.

<sup>131</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sociedade de fato. Homossexuais*. Recurso Especial 148.897, de Minas Gerais. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data do julgamento: 6 de abril de 1998.



uniões diferentes da família tradicional burguesa é priorizar uma paternidade meramente biológica, como se somente os laços de sangue gerassem laços de afeto. Para Ana Carla Harmatiuk Matos, “Os métodos contraceptivos permitem as relações sexuais sem a finalidade procriativa. Paralelamente, o desenvolvimento das procriações artificiais possibilita a reprodução sem o contato sexual”.

Por conseguinte, tendo em vista as transformações ocorridas no Direito de Família e em outros ramos jurídicos em geral, consoante referido na primeira parte do presente trabalho, as noções de paternidade e filiação sofreram significativas mudanças. A presunção de paternidade do marido da mulher grávida perdeu força com o desenvolvimento científico, passando-se a uma “idolatria” dos exames de DNA, cabendo a um laudo médico a função de dizer quem é e quem não é pai.

No entanto, essa concepção também foi se alterando, uma vez que hoje se prioriza muito mais o afeto em detrimento dos laços de sangue. A noção de filiação socioafetiva veio para consagrar juridicamente o que já existia no mundo fático. A paternidade e a maternidade se estabelecem no contato cotidiano, nos sentimentos de carinho e solidariedade entre os integrantes do núcleo familiar. As adoções formais e informais, bem como a modificação da estrutura da família, que por vezes se recompõe, possibilitando o convívio direto entre padrastos, madrastas e enteados, contribuíram para essa noção de socioafetividade.

Assim, “(...) a questão de ser a procriação um dos objetivos da família clássica mostra-se superada. O próprio contexto social e jurídico acerca da reprodução é outro”.<sup>132</sup> Embora as relações homoafetivas não gerem filhos como a família clássica, não se justifica o não reconhecimento dessas relações em virtude da impossibilidade de procriação, uma vez que, além do fato de que outras famílias também podem não procriar, o objetivo da família contemporânea está relacionado ao afeto, à ajuda mútua, à realização pessoal, ao companheirismo e ao intuito de uma vida em comum. Dentre os anseios da união homoafetiva pode também estar a paternidade ou a maternidade, as quais, além da reprodução tradicional do casal, advêm de outros meios, como a procriação artificial e a adoção.

O caso do filho da cantora Cássia Eller teve repercussão significativa, pois a sua companheira, que sempre representou o papel de mãe para o infante, precisou

---

<sup>132</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29.

lutar judicialmente para permanecer com a guarda. Caso o pedido de guarda não tivesse sido deferido, certamente se estaria diante de uma grande injustiça, em razão do preconceito.

Quanto ao reconhecimento da sociedade de fato entre homem e mulher, primeiramente se exigia a prova da contribuição direta para a constituição do patrimônio a ser partilhado, priorizando-se, portanto, o esforço financeiro propriamente dito. Contudo, pouco a pouco, a jurisprudência passou a reconhecer o apoio espiritual, os cuidados com a família e com a casa, isto é, uma contribuição indireta por parte da companheira, a qual, na imensa maioria dos casos, não tinha recursos financeiros próprios.

No que concerne à união homoafetiva, essa disparidade que existia entre o parceiro e a parceira é dificilmente verificada, eis que o vínculo é formado por duas pessoas do mesmo sexo, não se configurando aquela relação tradicional de poder heteropatriarcal, com a consequente submissão e dependência da mulher em relação ao homem provedor e chefe da casa. Embora não se possa dizer que os padrões heteronormativos permanecem distantes das uniões homoafetivas, em geral ambos os parceiros contribuem financeira e emocionalmente para a manutenção do lar.<sup>133</sup>

Diz-se que um diploma legislativo resolveria inúmeras questões concernentes aos efeitos a serem conferidos às uniões homossexuais, relacionadas ao âmbito familiar, obrigacional, sucessório, previdenciário, etc., vazios normativos que não foram contemplados nem pelo Código Civil de 2002. Segundo Ana Carla Harmatiuk Matos,

tal lacuna pode ser compreendida, observando-se em certa medida, os problemas de atualização de um texto legal que começou a ser pensado na década de 70 (...) As discussões acerca do tema da não-discriminação por orientação sexual no campo do Direito de Família ganhou mais visibilidade só recentemente, nos anos 90, o que talvez explique a sua ausência nas discussões do projeto do Código Civil.<sup>134</sup>

Em 1995, a então deputada Marta Suplicy apresentou o Projeto de Lei n. 1.151 com o intuito de disciplinar a união entre pessoas do mesmo sexo, o qual, após discussões em Comissões e em audiências públicas, não foi votado no

<sup>133</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 80.

<sup>134</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 81.

Plenário até a presente data.<sup>135</sup> Os argumentos contrários à aprovação do referido projeto possuíam cunho discriminatório, relacionados à natureza humana, a Deus e à moral da família brasileira.<sup>136</sup>

Tende-se a afirmar que, ainda que fosse aprovado, o referido projeto não poderia ser visto como o único diploma a disciplinar as uniões homossexuais, haja vista que prevê a parceria registrada, valorizando sobremaneira a formalidade. Nesse sentido, não seriam abarcadas as uniões que findaram sem os companheiros firmarem o contrato de parceria, mas que inegavelmente haviam acontecido no mundo fático, fazendo jus, portanto, à plena tutela jurídica.<sup>137</sup>

A união homossexual sempre foi merecedora de reconhecimento pelo Direito, embora no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 esteja prevista a união estável “entre homem e mulher como entidade familiar”. Contudo, o texto constitucional apresenta apenas exemplos de entidades familiares, não significando existir um rol taxativo, de acordo com o qual a família somente poderia ser constituída através do casamento, da união estável heterossexual ou se formada por apenas um dos pais com seus descendentes (monoparental).

Deve-se entender que os princípios da igualdade e da pluralidade das entidades familiares, além da determinação de não discriminação, tornam inconstitucional a parte do dispositivo do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição que se refere à união formada entre homem e mulher, bem como as Leis n. 8.971/94 e 9.268/96, referentes à união estável, quando importarem não reconhecimento ou tratamento diferenciado às uniões homoafetivas.<sup>138</sup>

Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar merecedora de todos os direitos e deveres equiparados à união estável heterossexual prevista no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição da República e

---

<sup>135</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7-8.

<sup>136</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 159.

<sup>137</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 85.

<sup>138</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 85.

no artigo 1.723 do Código Civil.<sup>139</sup>

Na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, apresentada em 2008 pelo Governador do Rio de Janeiro, constam como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade, à liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da segurança jurídica.

Com relação à segurança jurídica, referida pelos autores com menor frequência que outros princípios, como a dignidade humana, a igualdade e a liberdade, impende destacar a indefinição existente por não haver um tratamento jurídico incontroverso às uniões homoafetivas, principalmente no que concerne aos direitos de servidores e seus familiares, conferidos já a companheiros heterossexuais, tais como direito a licenças por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, direito para acompanhá-lo em caso de transferência, inclusão em plano de saúde como dependente, dentre outros, dos quais muitos homossexuais são excluídos em razão da ausência de um reconhecimento expresso da legitimidade de suas uniões, que merecem gerar efeitos jurídicos.

Há ainda incerteza quanto à responsabilidade patrimonial decorrente da alienação de bens e concessão de garantias, se a autorização do companheiro é necessária, bem como se as dívidas versam sobre o patrimônio individual ou comum do casal. Por conseguinte, apesar de muitos esquecerem tal aspecto, verifica-se uma imensa gama de efeitos práticos que repercutem na esfera pessoal e patrimonial dos envolvidos, havendo, infelizmente, insegurança jurídica quanto aos benefícios que podem ser concedidos no âmbito trabalhista para os homossexuais.

Observando-se o acórdão e a ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal, destacam-se importantes colocações relacionadas ao reconhecimento dos direitos pertencentes aos casais homoafetivos. É explicitada a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja concernente ao gênero ou à orientação sexual. Além disso, é clara a decisão no sentido de promover uma interpretação do artigo 1.723 conforme a Constituição.

O acórdão homenageia o pluralismo como valor sócio-político-cultural e refere-se à liberdade dos indivíduos de disporem da própria sexualidade como

---

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132, recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 5 de maio de 2011.

desejarem, por se tratar de um direito fundamental da pessoa, que também possui autonomia da vontade e tem direito à intimidade, à vida privada e à felicidade. Explicita-se que o sexo não se presta como fator de desigualação jurídica e que é vedado o preconceito, por colidir com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber, a promoção do bem de todos, disposta no artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna.

A decisão reconheceu a família em seu sentido coloquial de núcleo doméstico, independentemente de ter sido formal ou informalmente constituída, ou se formada por casais heterossexuais ou pares homoafetivos. Considerou-se núcleo familiar como o lugar de concreção dos direitos fundamentais de intimidade e vida privada, bem como o igual direito subjetivo que todos têm de formarem uma família. Assim, é imperioso não interpretar de forma reducionista o conceito de família, que não se constitui somente pelo casamento civil.

Asseverou-se no julgado que o texto constitucional fez referência à união estável entre homem e mulher apenas para proteção desta, a fim de estabelecer relações jurídicas horizontais, sem hierarquia entre homem e mulher, diante da história de dominação patriarcal que por muito tempo foi a regra nos lares brasileiros. Ainda, explicitou-se acerca da identidade entre os termos “entidade familiar” e “família”, que são sinônimos, bem como quanto à impossibilidade de se utilizar do dispositivo constitucional para ressuscitar o artigo 175 da Constituição de 1967/1969, que estabelecia a constituição de família através do matrimônio.

Importante colocação dos julgadores foi no sentido de que a Carta Magna não interdita a formação de família por homossexuais. Nesse sentido, considerando que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou interesse legítimo de outrem, inexistente no caso, haja vista que os indivíduos heterossexuais não possuem um direito à sua não-equiparação jurídica com os sujeitos homossexuais.

Em que pese as previsões expressas de direitos e princípios não esgotem todas as situações que são apresentadas ao Direito, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República, dispõe que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela.

Reconheceu-se a autoaplicabilidade da Constituição, para reconhecimento de

direitos imediatamente, sem necessidade de se esperar o advento de legislação sobre a matéria.

Deve-se interpretar o artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição, a fim de se evitar qualquer interpretação preconceituosa ou que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, o qual deve ser realizado de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heterossexual.<sup>140</sup>

Após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como entidade familiar, crescem os argumentos favoráveis ao deferimento da adoção conjunta pelo par homoafetivo, uma vez que, embora não exista lei específica no Brasil sobre o tema, a Corte Suprema se posicionou, abrindo caminho para que muitas pessoas realizem plenamente seus sonhos de maternidade e paternidade, bem como para conferir um lar repleto de carinho e amor parental a muitas crianças institucionalizadas, as quais possuem o direito à convivência familiar, determinado pelo *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

#### 4.3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO CONJUNTA POR HOMOSSEXUAIS

Não é possível se aceitar que o preconceito continue existindo e prejudicando inúmeras crianças envolvidas em relações familiares com pessoas homossexuais. Uma vez que a vida é muito mais rica e complexa que o Direito, as formas de constituição de núcleos familiares não se enquadram de modo exaustivo no disposto pela legislação. No entanto, apesar das lacunas presentes em qualquer ordenamento, diante das constantes evoluções que as relações fáticas exibem, o magistrado não pode se negar a apreciar a lide que lhe é apresentada.

No que se refere à adoção, a possibilidade jurídica de os homossexuais adotarem pode atender a necessidades especiais de crianças e adolescentes, sendo, inclusive, dependendo do caso concreto, a melhor alternativa para elas.<sup>141</sup>

A adoção exclusiva por um sujeito homossexual solteiro tem sido mais

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132, recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 5 de maio de 2011.

<sup>141</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e Homossexualidade*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 88.

facilmente encarada e deferida, eis que não há previsão que permita o indeferimento da adoção em virtude da orientação sexual do postulante. Nesse sentido, não há dúvidas de que há no Brasil muitas famílias monoparentais em que o pai ou a mãe são homossexuais.

Assim como pode acontecer com o filho biológico de um dos companheiros, frequentemente o indivíduo que adotou convive em união constante e estável com outro parceiro, o qual acaba desenvolvendo sentimentos de afeto e exercendo um papel parental em relação àquela criança que foi adotada por seu companheiro. Na realidade da vida do infante, tanto com o sujeito que o adotou formalmente quanto com o outro que o cria, foram estabelecidas relações de parentalidade e filiação.

Contudo, em que pese o sentimento entre a criança e aquele que lhe dá amor e atenção, a falta de reconhecimento jurídico não atende ao melhor interesse do infante e gera prejuízos, como, por exemplo, a impossibilidade de ser dependente no plano de saúde, de herdar e de ter direito a alimentos.<sup>142</sup>

Ora, como se pode defender o atendimento ao melhor interesse da criança e se utilizar desse argumento para se posicionar contrariamente à adoção por homossexuais se, paradoxalmente, é esse melhor interesse que será atendido em inúmeros casos justamente com o deferimento da adoção para alguém cuja orientação sexual não é a predominante?

Não é a adoção por homossexual de forma geral que se defende, mas sim que o preconceito não seja um óbice *a priori* para se impedir a adoção por tais pessoas, a qual será permitida com base nos mesmos critérios existentes para a adoção por casais heterossexuais. Ressalta-se que serão realizados estudos e visitas por equipes multidisciplinares a fim de se analisar se a adoção realmente atenderá ao interesse da criança ou adolescente.

Conforme se sabe, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite que o cônjuge ou companheiro da mãe ou do pai adote a criança ou adolescente com quem convive, no intuito de privilegiar os laços de afeto faticamente existentes, a fim de reconhecer juridicamente a situação vivida, possibilitando os efeitos decorrentes da paternidade. Dentre essas consequências, podem ser citadas as de cunho

---

<sup>142</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 92.

jurídico e legal, como o direito a alimentos, à guarda e visitação, ao nome de família, bem como sucessórios. Por outro lado, o infante adotado também recebe “um feixe de novas relações parentais que são estabelecidas automaticamente com os parentes do adotante”.<sup>143</sup>

O que se deve priorizar em qualquer processo de adoção, desde a habilitação dos adotantes até a sentença que defere ou não a adoção de forma definitiva, é o melhor interesse da criança, que deve ser o oriente a ser seguido tanto pelo julgador quanto pela equipe interdisciplinar que estuda e analisa mais proximamente a criança e a família que deseja adotar.

As opiniões contrárias à adoção por homossexuais infelizmente são, na maioria das vezes, pautadas por falta de informação e preconceitos em diversos sentidos. Há quem critique tal forma de adoção por acreditar que a criança sofrerá distúrbios psíquicos em sua formação em razão de possuir dois pais ou duas mães. Pensar dessa forma é esquecer que, independentemente de o Poder Judiciário deferir ou não a adoção a um par homoafetivo, esse modelo de constituição de família já existe na realidade. Em outras palavras, há muitos núcleos familiares formados por um pai e seu filho adotivo ou biológico, este oriundo de uma relação anterior, bem como pelo novo companheiro, que exerce também a função de pai. Ora, a criança que pertence a essa família frequenta a escola e relaciona-se com outras crianças e seus pais, não havendo razão para que algumas pessoas ingenuamente insistam em crer que depende unicamente do reconhecimento jurídico a existência ou não de entidades formadas por dois pais ou duas mães.

Acredita-se, portanto, que a maior dificuldade que o adotado enfrentará será a decorrente da discriminação contra a adoção e contra a homossexualidade, o que eventualmente poderá causar transtornos em sua vida adulta.<sup>144</sup> Porém, a solução não é escolher a inércia e se conformar com o preconceito de algumas pessoas, mas sim lutar por um reconhecimento social efetivo e pelo fim dos julgamentos discriminatórios, sejam eles relacionados à sexualidade ou não.

A adoção pode ser concedida a um homossexual solteiro, tendo em vista não haver no sistema jurídico nacional qualquer vedação concernente à orientação

---

<sup>143</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 128.

<sup>144</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 129.



sexual do postulante, cuja possibilidade de adotar advém do princípio da igualdade e do dever de não discriminação previsto na Constituição da República, especialmente no artigo 3º, inciso IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”).

Dificuldade maior enfrenta a questão da adoção conjunta pelo par homossexual, a qual se defende em virtude da consagração da pluralidade das entidades familiares, eis que, conforme já referido, o rol constante do artigo 226, parágrafo 3º, da Carta Magna, não é exaustivo, muito pelo contrário. A proteção constitucionalmente estabelecida é para a família, e não para algumas formas de constituição familiar.<sup>145</sup> Ainda, considerando que contemporaneamente se busca a felicidade e a realização pessoal dos membros que compõem um núcleo familiar, bem como que a sexualidade é elemento essencial da personalidade do ser humano, a família formada por homossexuais é sim passível de legítima tutela jurídica.

A interpretação do artigo 226, parágrafo 3º, não deve ser literal, e sim sistemática, baseada nos princípios e valores constitucionais. Ademais, não se pode analisar um texto normativo e interpretá-lo de maneira restritiva de direitos, sendo que, caso sejam possíveis dois sentidos de compreensão, um que inclui e outro que exclui, deve-se optar pelo que melhor realize o princípio da dignidade humana.<sup>146</sup>

Nesse sentido, deve ser considerada família a união homossexual que possuir afetividade (como fundamento e finalidade da entidade e com o intuito de formação de família), estabilidade e ostensibilidade.<sup>147</sup>

Um dado importante é que os homossexuais, em sua maioria, não possuem tantos requisitos para a escolha da criança, diferentemente de grande parcela dos casais heterossexuais habilitados. Talvez por vivenciarem na pele o sofrimento gerado pelo preconceito, essas pessoas se dispõem a adotar crianças já crescidas, de raça diferente da sua, ou mesmo com alguma deficiência. Vislumbra-se que essa disponibilidade pode ser considerada uma solução para o enorme número de crianças e adolescentes institucionalizados praticamente sem chances de serem adotados atualmente, tendo em vista que a preferência comumente é de bebês, do

---

<sup>145</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 136.

<sup>146</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82-83.

<sup>147</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

sexo feminino e da cor branca.

A possibilidade da adoção por parceiros homoafetivos, mais do que atender aos princípios da igualdade, da liberdade de orientação sexual e da dignidade da pessoa humana, visa o melhor interesse do infante a ser adotado, e se constitui num ato de amor apto a modificar toda a perspectiva de uma vida.

Viviane Girardi relata em sua obra que a Associação Americana de Psicologia realizou uma série de pesquisas, concluindo, em 1995, que as crianças criadas por homossexuais não teriam nenhum prejuízo significativo em relação àquelas com pais heterossexuais, uma vez que, durante o estudo, elas mostraram bom funcionamento intelectual, não apresentaram comportamentos prejudiciais à comunidade e seu bem-estar emocional geral não demonstrou diferenças em comparação com crianças criadas por seus pais heterossexuais.<sup>148</sup>

Importante ressaltar o exemplo da Holanda, que, desde 2001, permite a adoção pelo par homossexual conjuntamente, através de uma alteração no Código Civil holandês. Contudo, está presente um maior rigor para deferimento da medida, com certas condições mais específicas, tais como: só podem ser adotadas pela dupla homoafetiva uma criança holandesa ou com domicílio holandês; devem ser esgotadas as tentativas de manutenção na família de origem, pois, uma vez deferida a adoção, os vínculos originais serão rompidos e, conseqüentemente, aquele infante jamais voltará a ter pais de ambos os sexos. Não se exige que os postulantes à adoção sejam casados ou tenham sua parceria registrada, devendo, todavia, ser evidenciada a existência da união há no mínimo três anos e que o par tem interesse na adoção conjunta há pelo menos um ano. Além disso, devem comprovar possuírem condições materiais e emocionais para cuidarem de uma criança.<sup>149</sup>

Procedendo-se à uma interpretação sistemática dos princípios e garantias constitucionais e da legislação concernente ao instituto da adoção, entende-se perfeitamente possível a adoção pelo par homossexual, em decorrência da vedação de qualquer forma de discriminação, conforme estabelece o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, em razão dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade, assegurados no *caput* do artigo 5º e em virtude do caráter de família que a união

<sup>148</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 143.

<sup>149</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 144-145.

homoafetiva pode assumir, presentes as características de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, tendo em vista que o artigo 226 confere proteção à família de modo geral, não sendo taxativo o rol de entidades familiares constante do texto da Carta Magna.

Ainda, uma vez que o artigo 1.618 do Código Civil estabelece que a adoção de crianças e adolescentes será deferida de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e considerando que o parágrafo 2º do artigo 42 do ECA prevê que, para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, que reconheceu juridicamente a união homoafetiva, defende-se que pares homossexuais que firmem pacto de união estável ou a comprovem pelos meios admitidos podem se habilitar a adotar conjuntamente.

Não entender dessa maneira é cruelmente acreditar que, entre deferir a adoção a homossexuais e deixar crianças e adolescentes institucionalizados em abrigos, esta seria a melhor alternativa, ainda que não possuam o afeto típico de pais e de mães. Existem menores praticamente sem chances de serem adotados, sobretudo devido à idade, os quais, entretanto, possuiriam maiores oportunidades se o par homoafetivo pudesse regularmente se habilitar para a adoção.

Vale destacar nesse ponto que os sujeitos que se sentem atraídos por pessoas do mesmo sexo em geral não arrolam tantos requisitos na escolha da criança que desejam adotar como o fazem grande parte dos casais heterossexuais, talvez, justamente, porque sabem por vivência própria o fardo pesado que o preconceito traz.

Ressalvando-se que, por serem devidamente processadas em segredo de justiça, tem-se dificuldades para se encontrar a íntegra de decisões judiciais concernentes à matéria, sabe-se que um par homoafetivo postulou junto à Vara da Infância e da Juventude de Curitiba a habilitação para a adoção conjunta. Dois anos e meio após, foi proferida sentença favorável, com as ressalvas de que seria permitida a adoção de crianças do sexo feminino e com faixa etária a partir dos dez anos de idade. O casal recorreu da decisão e o Tribunal de Justiça do Paraná deu provimento à apelação, considerando inadmissível limitação quanto ao sexo e à idade do adotando em virtude da orientação sexual dos adotantes.

O Ministério Público do Paraná interpôs Recurso Extraordinário, alegando violação ao artigo 226 da Constituição da República e afirmando a impossibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Marco Aurélio, negou seguimento ao recurso sob o argumento de que o Tribunal de Justiça do Paraná debateu apenas a restrição acerca do sexo e da idade das crianças e não a natureza da relação dos postulantes.<sup>150</sup>

Por conseguinte, tem validade a decisão do Tribunal paranaense, que permitiu a habilitação conjunta do par homoafetivo, asseverando que a adoção envolve a criação de vínculos afetivos, independentemente da orientação sexual dos adotantes, o que demonstra o avanço no posicionamento dos juristas brasileiros nesse tema do Direito de Família.<sup>151</sup>

Importantes decisões vêm sendo prolatadas por várias regiões brasileiras. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte reformou a sentença de primeiro grau que havia julgado o feito extinto por impossibilidade jurídica do pedido em uma demanda de guarda provisória e adoção em que a criança foi abandonada em uma caixa à porta da residência dos postulantes, que não estavam inseridos no cadastro nacional de adoção. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte fez alusão à uma interpretação sistemática, afirmando que os postulantes estavam prestando cuidados médicos à criança, possuíam emprego e domicílio fixos e que, naquele caso, não se vislumbrava a necessidade de inscrição prévia no cadastro de adoção.<sup>152</sup>

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso deferiu o pedido de adoção por homossexuais, afirmando que a omissão da lei não significa a inexistência de direitos, não se podendo falar em impossibilidade jurídica do pedido de adoção. O acórdão se referiu à homossexualidade como fato social que se perpetua através do

---

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Negativa de seguimento de Recurso Extraordinário*. 615.261, do Paraná. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 16 de agosto de 2010.

<sup>151</sup> Veja-se a ementa do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná: “Apelação cível. Habilitação para adoção adotante homossexual limitação de idade do adotando. Ausência de previsão legal. Recurso desprovido. A adoção é um ato que envolve a criação de vínculos afetivos, onde pais e filhos se adotam na nova relação, independentemente da orientação sexual dos adotantes.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Habilitação para adoção*. Apelação cível 0648257-5, 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Costa Barros. Data do julgamento: 12 de maio de 2010).

<sup>152</sup> RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Ação de guarda provisória e adoção*. Apelação cível 2010.001974-9. Relator: Des. Vivaldo Brennand. Data do julgamento: 29 de abril de 2010.

tempo, de modo que a marginalização das relações homossexuais afronta os direitos humanos, por privar o direito à vida e violar o princípio da dignidade humana. Por conseguinte, às uniões homossexuais deve ser conferido o mesmo tratamento dado a uniões heterossexuais, inclusive no que concerne à adoção, já que nem o Estatuto da Criança e do Adolescente nem o Código Civil trazem restrições quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual dos postulantes à adoção, que deve ser deferida quando se fundar em motivos legítimos e apresentar reais vantagens para o adotando.<sup>153</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deferiu a adoção conjunta a duas mulheres com as quais uma criança foi deixada pela própria mãe biológica, citando a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como afirmando que a vedação à discriminação impede que casais homoafetivos sejam proibidos de adotar. Além disso, a decisão menciona que a criança foi abandonada aos cuidados das postulantes e que a convivência com elas atende ao melhor interesse daquela. Assim, entendeu-se pela destituição do poder familiar da mãe biológica e pelo deferimento da adoção a ambas as autoras, sob pena de prejuízos materiais à criança.<sup>154</sup>

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais permitiu a adoção por duas mulheres sob os fundamentos de que a nova configuração da família é baseada no afeto, que a criança fora abandonada e estava em situação de risco em companhia da mãe biológica, bem como em razão de vários estudos concluírem pela inexistência de sequelas psicológicas nas crianças criadas em famílias homoafetivas.<sup>155</sup>

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça no sentido de permitir a uma mulher a adoção de duas crianças irmãs já perfilhadas por sua companheira, pautando-se no reconhecimento de que o afeto, o amor e o vínculo familiar são mais importantes do que a configuração da família e considerando os diversos estudos que apontam a

---

<sup>153</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo*. Apelação cível 78200/2009, 2ª Câmara Cível. Relatora: Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas. Data do julgamento: 28 de abril de 2010.

<sup>154</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Adoção por casal do mesmo sexo que vive em união estável*. Apelação cível 1.0470.08.047254-6/001. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Data do julgamento: 2 de fevereiro de 2012.

<sup>155</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Adoção. Casal do mesmo sexo*. Apelação cível 1.0480.08.119303-3/001(1). Relator: Des. Armando Freire. Data do julgamento: 24 de maio de 2011.

ausência de prejuízo decorrente da criação por homossexuais. A decisão menciona o artigo 1º da Lei. 12.010/09 e o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo os quais as crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar e a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida apenas quando apresentar reais vantagens aos adotandos. Refere-se ainda às consequências do deferimento do pedido, já que as crianças terão direitos a alimentos, sucessórios, de inclusão em plano de saúde e de convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira. Ressaltou-se que a análise do caso por qualquer ângulo leva à conclusão de que a adoção dos menores pela companheira daquela que já os adotara é a melhor medida, mesmo porque a adoção de irmãos biológicos é rara, uma vez que a maioria dos casais deseja apenas uma criança.<sup>156</sup>

Assim sendo, visando ao melhor interesse das crianças e em virtude do princípio da igualdade, da liberdade, da pluralidade das entidades familiares, da vedação a quaisquer formas de preconceito e da dignidade da pessoa humana, é que se defende a plena possibilidade da adoção conjunta pelos homossexuais, que devem poder participar, nas mesmas condições que os heterossexuais, do processo de habilitação e de adoção. Dessa forma, preenchidos os requisitos legais, a orientação sexual dos postulantes não pode constituir, por si, óbice para o deferimento da medida. No entanto, caso se verifique que a adoção não é o melhor para a criança, por outros motivos não relacionados à sexualidade, é claro que o juiz indeferirá o pedido. Contudo, deve restar claro que a orientação heterossexual não deve ser condição para a possibilidade de adotar.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o centro do ordenamento jurídico, norteador de todos os outros princípios e regras, e fundamento da República Federativa do Brasil, que implica num feixe de direitos e deveres fundamentais que protegem a pessoa contra qualquer ofensa e humilhação, uma garantia negativa, portanto, mas que também, em um sentido positivo, assegurem o pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano.<sup>157</sup>

Assim, desse raciocínio lógico-sistemático, a partir da constatação de que o centro do ordenamento jurídico é o princípio da dignidade humana e que, por

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Adoção. União homoafetiva*. Recurso Especial 889.852, do Paraná. Relator: Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 27 de abril de 2010.

<sup>157</sup> FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118-119.

consequente, cada pessoa tem a faculdade de livremente desenvolver sua personalidade, decorre a conclusão de que cada indivíduo tem direito à autodeterminação sexual.

Cumpra-se destacar que o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Logo, independentemente de constar expressamente no texto constitucional a vedação à não discriminação por orientação sexual, não há como se sustentar o contrário, diante da proteção conferida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como pela disposição constante do artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna que estabelece dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana não deve ser vista apenas como um valor ético, mas sim como um princípio, com caráter normativo, centro do ordenamento e base para os demais direitos e garantias, a ser concretizado pelo Estado, que realmente o faz ao reconhecer e conceder efeitos às uniões entre pessoas do mesmo sexo.<sup>158</sup>

Uma vez que a união homoafetiva, consoante já explicitado, pode constituir uma família, já que a Constituição de 1988, ao excluir a expressão “constituída pelo casamento” constante da Constituição de 1967/1969, suprimiu a cláusula de exclusão relativamente ao reconhecimento de outros núcleos familiares que não fossem o matrimônio, e tendo em vista que a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) dispôs em seu artigo 5º, inciso II, que é considerada família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, entende-se que a família homoafetiva deve ser reconhecida como tal, passível de gerar os efeitos dessa condição decorrentes.<sup>159</sup>

Em outras palavras, não se vislumbra a existência de óbices *a priori* para se

<sup>158</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

<sup>159</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A hermenêutica jurídica. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

negar a adoção conjunta pelo par homossexual, que deve “concorrer” em igualdade de condições com os demais postulantes à adoção, a ser deferida se preenchidos os requisitos legais exigidos, mas sem vedação em virtude da orientação sexual. Concluir de outra maneira consiste em afronta aos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo à dignidade da pessoa humana.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo do presente estudo, intentou-se fazer um estudo acerca da possibilidade jurídica da adoção conjunta por homossexuais, com base nos direitos à igualdade, à liberdade e à orientação sexual, considerando os princípios da pluralidade das entidades familiares, do melhor interesse da criança e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que o texto constitucional veda no artigo 3º, inciso IV, qualquer forma de discriminação. Impedir a adoção por homossexuais que preencham os requisitos legislativos para adotarem é afrontar a Carta Magna e desconsiderar todos os direitos que devem ser garantidos a pessoas que se interessam por outras de mesmo sexo.

O que se defende é não apenas o deferimento da adoção a um postulante solteiro que se declara homossexual, haja vista que nesses casos as decisões judiciais têm se mostrado mais benéficas, em razão de não existir expressa proibição jurídica de sujeitos homossexuais adotarem singularmente, mas sim de permitir a habilitação conjunta de um par homoafetivo interessado em realizar o sonho da paternidade.

A quantidade de crianças e adolescentes institucionalizadas em abrigos brasileiros é enorme, embora não se possa afirmar o número exato, em razão da informalidade ainda presente em muitos orfanatos que acolhem infantes abandonados e mesmo diante da ausência de cadastros em vários municípios do país. Em virtude dessa condição, mais argumentos se têm para a defesa da adoção por homossexuais, tendo em vista que, se puderem se habilitar sem os obstáculos decorrentes do preconceito, as chances de crianças serem adotadas aumentarão significativamente.



Importante ressaltar que as pessoas homoafetivas não arrolam tantos requisitos quando postulam a adoção, como o faz grande parte dos casais heterossexuais, que desejam bebês, do sexo feminino e da cor branca. Talvez porque os homossexuais sentem na pele o peso e a dor do preconceito, são menos criteriosos na escolha do adotando, por aceitaram, frequentemente, crianças mais velhas, de qualquer sexo, independentemente da raça, que possuam irmãos, ou mesmo com algum problema de saúde.

Por conseguinte, para inúmeras crianças e adolescentes cujas chances de serem adotadas seriam próximas a zero vislumbra-se a possibilidade de uma vida completamente diferente, ao serem acolhidas por pais ou mães que estabelecerão com elas verdadeiros laços de filiação e parentalidade, ao contrário da impessoalidade existente nos abrigos em que vivem.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com os mesmos direitos e apta a produzir as mesmas consequências das uniões estáveis heterossexuais, não há que se falar na presença de óbices legais para o deferimento da adoção conjunta ao par homoafetivo, eis que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no parágrafo 2º do artigo 42 que é possível a adoção conjunta, desde que se comprove a união estável ou o casamento dos postulantes.

Nesse sentido, uma vez que a união homoafetiva foi equiparada pela decisão do Supremo Tribunal Federal à união estável heterossexual, os pares homossexuais que desejarem adotar conjuntamente podem fazê-lo, inexistindo vedações *a priori* em razão de sua orientação sexual.

Cumprе ressaltar que os parceiros homoafetivos deverão se submeter ao mesmo processo de análise e estudos pelo qual passa qualquer postulante à adoção, atendendo aos requisitos previstos na Lei n. 8.069/90, inclusive com visitas de equipes interdisciplinares que elaborarão laudos favoráveis ou não à concessão da medida, cujo deferimento será realizado após apreciação criteriosa por parte do julgador, se pautada em motivos legítimos e se atender ao melhor interesse da criança.

Destaca-se que a presente pesquisa não objetivou esgotar o estudo sobre o

tema, que merece sempre novas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que a vida se desenvolve e se modifica, conforme o tempo passa e as concepções sociais se alteram. Esse foi o espaço para um breve questionamento acerca da matéria, que, por sua grandeza e importância, deve ser sempre discutida, não só para enriquecimento do debate acadêmico, mas principalmente para a luta contra o preconceito, infelizmente ainda arraigado na mente da sociedade.

Pelo exposto, considerando os princípios constitucionais mencionados, norteados pela dignidade da pessoa humana, defende-se a adoção conjunta por pares homossexuais, que devem poder se habilitar nos cadastros de adoção, preenchidos os mesmos requisitos existentes para os heterossexuais, em cumprimento aos direitos de liberdade e igualdade, a fim de se conferir uma família a crianças que não a possuem, orientando-se pelo melhor interesse dessas pessoas em formação.

